TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

Parte Geral

Tábua Sistemática das Matérias

II. Plano de Validade

Parte 1 - Validade. Nulidade. Anulabilidade.

Capítulo 1

Validade

§ 356. *Pressupostos de validade do* negócio jurídico *e de* atos *jurídicos* striçto sensu. 1. Validade e eficácia. 2.

Pressupostos de validade. 3. Viciosidade. 4. Confusões de alguns juristas

§ 357. Existência, *validade e nulidade,* eficácia. 1. Existir e valer. 2. Valer e ser eficaz

Capítulo II

Nulidade e Anulabilidade

§ 358. *Existência e nulidade.* 1. Problema liminar de ser ou não-ser. 2. Formalismo romano e conceito de *nullus.* 3.Os dois sentidos de *nullus* e de "nulo". 4. Direito comum. 5. Concepção hodierna. 6. Soluções técnicas quanto ao conceito de nulo. 7. Precisão conceptual indispensável aos sistemas juridicos. 8.

Manifestações tidas como não-escritas.

§ 359. *Limites entre* o existente *e* o *não-existente.* 1. Problemas de técnica juridica legislativa. 2. Validade e eficácia, erro grave nas confusões de conceitos.

§ 360. *Validade e nâo-nulidade.* 1. Invalidade e ineficácia.2.Resistências ao exato conceito de ato nulo; precisão de conceitos. 3. Conceito de nulidade e propriedades do ato jurídico nulo. 4. Eliminação necessária da confusão entre inexistência e invalidade. 5. Confusão entre nulidade e algumas das propriedades do nulo. 6.

Existência e nulidade, quanto a defeito de forma

§ 361. *Nulidade, ineficácia e pendêncio.* 1. Não-coincidência entre a classe dos atos jurídicos ineficazes e a dos atos jurídicos nulos. 2. Pendência e nulidade

§ 362. *Nulidade e anulabilidade.* 1. A invalidade passa-se no mundo jurídico. 2. Nulo e anulável. 3.

Inconvalidabilidade da nulidade. 4. Conceito de anulabilidade

§ 363. Nulidades, ditas absoluta e relativa. 1. Critica às duas expressões. 2. Outros sentidos das expressões. 3.

Decisões sobre invalidade

§ 364. *Conceito preciso de anulabilidade.* 1. Precisão do conceito. 2. Nulo e anulável; deficiências do suporte fático; decretação da invalidade. 3. Eficácia interimística do anulável. 4. Plano da validade. 5. Vantagem têcnica

§ 365. *Eficácia do anulável.* 1. Eficácia e invalidade. 2. Ataque à eficácia do ato jurídico anulável. 3. Principio da eventualidade, quanto às alegações de inexistência, nulidade e anulabilidade. 4. Concorrência cumulativa de alegações. 5. O que é que se ataca com a ação de nulidade ou com a ação de anulação 551

§ 366. Decretação *da nulidade, de* oficio, *e irratificabilidade.* 1. Conteúdo do art.146, parágrafo único, do Código Civil. 2. Insupribilidade, irratificabilidade

§ 367. *Insanabilidade* do nulo. 1. Validação e insanabilidade. 2. Pseudo —sanações do nulo. 3. Direito romano e sanação.4. Significação histórica do art. 208. 5. Negócio jurídico referente a ato jurídico nulo. 6. Ato constitutivo negativo para a desconstituição do ato jurídico nulo

Capítulo III

Nulidade Total e Anulação Total; Parcial e Anulação Parcial

§ 368. *Nulidade total e nulidade parcial.* 1. O que a nulidade atinge. 2. Nulidade total

§ 369. *Nulidade e anulação parcial.* 1. Conceito de nulidade parcial. 2. Direito romano e direito contemporâneo.3. Separabilidade das partes. 4. Autonomia da vontade (autoregramento) e separação de partes.

5. O art. 153 e os atos de disposição. 6. Independência entre si das disposições de última vontade

§ 370. *Pressupostos do* Código *Civil,* art. 153, 1ª *parte (incontagiação).* 1. Existência do ato jurídico, complexidade, separabilidade das partes. 2. Complexidade das "partes 3. Negócios jurídicos unidos e atos jurídicos *stricto sensu* unidos. 4. Resolução por inadimplemento e o art. 153.

§ 371. *O art.* 153 *e* os negócios jurídicos unitários. 1. Impossibilidade parcial, originária, da prestação. 2.

Ilicitude de parte da prestação. 3. Onus de alegar e provar

§ 372. Obrigações *principais e obrigações acessórias* 1. Leitura do art. 153, 2ª parte. 2. Lei sobre juros acima da taxa legal. 3. Pluralidade da prestação.

§ 373. Se existe *(nualidade subjetivanieflte relativa.* 1. Posição do problema. 2. Anulabilidade e eficácia sentencial..

Capítulo IV

Conversão

§ 374. *Natureza da conversão.* 1. complexidade do suporte fático e pluralidade de atos possíveis. 2.

Fundamento da conversão. 3. Conversão e ignorância da nulidade. 4. Conversão supõe nulidade ou anulabilidade. 5. Exemplos de conversão

§ 375. Construção *da conversão.* 1. Como se há de explicar a conversão. 2. Conversão e sanação

§ 376. *Conversão legal?* 1. Se há conversão legal. 2. Conversão e versão

§ 377. *Conversões freqoentes,* 1. Negócio jurídico formal e negócio jurídico aformal

§ 378. *Quantitatividade e* conversão. 1. Nulidade total e nulidade parcial. 2. Quantidade e conversao

§ 379. *Repetição e nulidade.* 1. Nulo e insanável. 2. *Ternpus* regit actum. 3. Repetição, e não confirmação do nulo. 4. Negócios jurídicos unilaterais. 5. A espécie do art. 215 do Código Civil 551

Capitulo V

Desconstituição por Invalidade

§ 380. Desconstituição *por invalidade.* 1. Desconstituição, e não declaração do ato jurídico nulo ou anulável.

2. Nulidade e anulabilidade. 3. Ordem das questões perante a justiça e pela justiça. 4. Ação para se desconstituir

§ 381. *Alegação de não-validade.* 1. "Ação" para a desconstituição do ato jurídico nulo, regra jurídica excepcional. 2. Permissão e dever de decretar de ofício a nulidade. 3. Alegação incidental do nulo. 4. Regra jurídica de direito judiciário ou de direito administrativo. 5. Instrumentação pelo oficial público

§ 382. *Invalidades concorrentes.* 1. Concorrências de nulidade ou de anulabilidades, ou de nulidades e anulabilidades. 2. Ordem das questões. 3. Ação revocatória falencial

§ 383. *Reparação do interesse negativo.* 1. Negócios jurídicos unilaterais, negócios jurídicos unilaterais com recepticiedade e interesse negativo. 2. Prestação do interesse negativo. 3. Fundamento do dever de reparar. 4.

Dever de reparar o interesse negativo, se há decretação de nulidade ou de anulação. 5. Fundamento da reparação em caso de anulação. 6. Legitimação à ação de reparação do interesse negativo. 7. Em que consiste o interesse negativo. 8. Pressuposto necessário de não conhecer o que pede a reparação a causa da invalidade

Capítulo VI

A Capacidade e Validade

§ 384. *A capacidade como pressuposto de validade em geral.* 1. Capacidade e validade. 2. Mulher casada não éincapaz. 3. Conseqüências da incapacidade absoluta. 4. Com seqüências da incapacidade relativa. 5. Quando se apreciam os pressupostos de validade. 6. Incapacidade e capacidade superveniente

§ 385. *Capacidade civil e atos jurídicos* stricto sensu. 1. Capacidade, pressuposto de validade dos atos jurídicos *stricto* sensu. 2. Inteligência dos art. 493,111, 493, parágrafo único, e 82 do Código Civil. 3. Atos-fatos jurídicos e capacidade...

§ 386. *Proteção* aos *incapazes.* 1. Sanções de nulidade e de anulabilidade a favor de incapazes. 2. Restituição segundo os princípios gerais e restituição *in integrum.* 3. Principio da preponderância da tutela do incapaz e as exceções a ele. 4. Atos válidos “por meio” do absolutamente incapaz. 5. Outros atos de necessidade. 6.

Intervalos lúcidos. 7. Pagamento ao incapaz

§ 387. *Incapacidade e contagiação.* 1. Invalidade, contagiação, legitimação ativa. 2. Invalidade subjetivamente parcial

§ 388. Dono do *negócio e sujeito.* 1. Capacidade e poder de legitimação. 2. Representação legal. 3.

Representação voluntária

Parte II

20

Nulidade

Capitulo 1

20

Causas das Nulidades

9

§ 389. *Causas da nulidade.* 1. Discriminação das sanções de invalidade, problema de técnica legislativa. 2.

Défice grave

21

§ 390. *Enumeração das causas,* 1. Incapacidade absoluta.2. Ilicitude e impossibilidade. 3. Violação de regra

jurídica sobre forma. 4. Preterição de solenidade essencial. 5. Infração de regra jurídica cuja sanção seja a

nulidade

Capítulo II

Incapacidade Absoluta

§ 391. *Absolutamente incapazes.* 1. Conteúdo do art. 5ª do Código Civil. 2. Ratificação. 3. Repetição

Capítulo III

21

1

Ilicitude

§ 392. *Conceito de ilícito nulificante.* 1. Ilicitude e nulidade. 2. Interpretação do art. 145, II, 1ª parte ("ilícito"),

do Código Civil. 3. Contrariedade à moral inclusa na contrariedade a direito. 4. Conhecimento da nulidade e

0

nulidade

22

§ 393. *Fundamento e natureza da nulidade por ilicitude.* 1. Ilicitude e fundamento da nulidade. 2. Sanção de

nulidade por ilicitude e auto-regramento da vontade. 3. Apreciação da ilicitude in *casu*

§ 394. *Pressupostos da nulidade.* 1. Pressupostos. 2. Restrições a direitos, pretensões, ações ou exceções

irrestringiveis. 3. Objeto lícito e objeto ilícito. 4. Ainda a distinção entre existência e validade. 5. Casuística da

nulidade por ilicitude. 6. Negócios jurídicos abstratos. 7. Casas de tolerância e bordéis

§ 395. *Nulidade parcial e contágio.* 1. Nulidade parcial e contágio. 2. Negócios jurídicos dependentes

§ 396. *Particularidades da nulidade por ilicitude.* 1. Perenidade do nulo por ilicitude. 2. Legitimação ativa; inconvertibilidade

Capítulo IV

Impossibilidade Física e Jurídica Originárias

§ 397. *Impossibilidade originária e suas espécies.* 1. Espécies de impossibilidades. 2. Impossibilidade do negócio jurídico não se confunde com impossibilidade da prestação. 3. Prestação impossível. 4. Em que momento se aprecia a impossibilidade. 5. Auto-regramento da vontade e impossibilidade física e jurídica. 6.

Invalidade e ineficácia. 7. Cessão de crédito futuro. 8. Interesse negativo 551

§ 398. *Falta de objeto e objeto impossível.* 1. Falta de objeto. 2. Impossibilidade

Capítulo V

Forma

§ 399. *Validade e forma.* 1. Forma, pressuposto de validade. 2. Forma especial e atos jurídicos. 3. Formas especiais e sanção de nulidade; princípio da correspondência da forma especial e da prova. 4. Técnica legislativa da forma; convenientes e inconvenientes. 5. Forma especial negocialmente imposta. 6. Sanções por infringência das regras jurídicas sobre forma. 7. Nulidade parcial por defeito de forma

§ 400. *As escrituras públicas.* 1. Fé pública e escritura pública. 2. Invalidade da escritura pública. 3. Escritura pública exigida negocialmente

§ 401. *Ações contra o instrumento público,* 1. Falsidade e erro. 2. Ação declaratória. 3. Ação constitutiva negativa

§ 402. *Nulidade do instrumento e nulidade do ato jurídico.* 1. Instrumento e ato jurídico. 2. Prova indiciária

Capítulo VI

Elemento Essencial do Negócio Jurídico

§ 403. *Conceito de solenidade.* 1. *Essentialia negotii* e nulidade. 2. Nulidade e mínimo para a validade

§ 404. *Pressupostos formais e pressupostos materiais.* 1. Natureza das regras jurídicas sobre pressuposto formal. 2. O art. 145,1V, do Código Civil, corrigiu senão de terminologia

Capítulo VII

Sanção de Nulidade

§ 405. *Sanção nulificante.* 1. Auto-regramento da vontade e sanção de

nulidade. 2. Expressão da sanção de nulidade. 3. Negação de efeito. 4. Regras jurídicas proibitivas e sanção de nulidade. 5. Só a lei pode dar a sanção de nulidade, salvo para o círculo em que atue a regra estatutária ou nas espécies de forma voluntariamente imposta. 6. Espécies que escaparam à letra do art. 145, V, do Código Civil. 7. Atos jurídicos *stricto sensu* e art. 145, V. 8. Direito estrangeiro...

§ 406. *Infração da regra jurídica cogente proibitiva.* 1. Conteúdo da regra jurídica e infração. 2. Fraude à lei.

3. Infração indireta da lei

§ 407. *Eficácia da nulidade do art,* 145, V *1.* "Reconhecimento" do ato jurídico nulo. 2. Onus da prova. 3.

Cessação do elemento que deu causa à sanção. 4. Negócios jurídicos superpostos **Capítulo VIII**

Desconstituição do Ato Jurídico Nulo

§ 408. *Julgamento da nulidade.* 1. Alegações da nulidade. 2. Alegações e princípio da eventualidade. 3.

Tempo para a alegação da nulidade. 4. Transferência da ação. 5. Quem pode alegar a nulidade 551

§ 409. *Invocação pelo causador da nulidade.* 1. Decretação por invocação do causador. 2. Interesse na decretação

§ 410. *Eficácia da sentença que decreta a nulidade.* 1. Força e eficácia. 2. Desconstituição

Parte III

Anulabilidade

Capítulo 1

Defeitos dos Atos Jurídicos

§ 411. *Que são defeitos dos atos jurídicos.* 1. Defeitos dos atos jurídicos. 2. Sanções jurídicas técnicas

§ 412. *Não-coincidência da manifestação de vontade com* o *elemento volitivo.* 1. Aparência pura, nulidade e anulabilidade do ato jurídico. 2. Teorias sobre o elemento volitivo. 3. Nulo ou anulável é o ato jurídico, não a manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento. 4. As duas teorias, a da declaração e a da vontade; a síntese. 5. Interpretação, reserva mental e invalidade

§ 413. *Construção da anulabilidade.* 1. Situação do anulável entre o nulo e o válido. 2. Não há invalidade superveniente. 3. Consequências da anulação. 4. Efeitos pessoais e consequências da anulação. 5. Direito de retenção e anulação. 6. Anulação e direitos formativos

§ 414. *Causas de anulabilidade.* 1. Defeitos, inclusive vícios. 2. Mínimo de vontade. 3. Atos jurídicos *stricto sensu*

§ 415. *Ação de anulação.* 1. Decretação de nulidade e decretação de anulação 2. Cessão de direitos e pretensões

§ 416. *Legitimação ativa nas ações de anulação.* 1. Sujeitos ativos da açã0 de anulação. 2. Conteúdo do art.

152, 2ª parte, do Código Civil. 3. Exceções ao art. 152, 2ª parte, do Código Civil. 4. Direito hereditário. 5.

Cessão de direitos e assunção de dívida

§ 417. *Legitimação passiva nas ações de anulação por defeito de vontcide.* 1. Sujeito passivo da pretensão anulatória. 2. Negócios jurídicos

unilaterais

§ 418. Extinção *da anulabilidade.* 1. Anulabilidade extingue-se; nulidade, não. 2. Relativamente incapazes e nulidade. 3. Assentimento o ato de outrem

§ 419. *Ratificação* 1. Conceito. 2. Sentidos

§ 420. *Natureza jurídica da ratificação.* 1. Ratificação, negócio jurídico. 2. Ratificação segundo o art. 148, alínea 1ª, do Código Civil. 3. Plano da existência e plano da validade.4. Manifestação de vontade ratificante. 5.

Ratificação tácita e conhecimento dos fatos causadores da anulabilidade

§ 421. *Agente ratificante* 1. Faculdade de ratificar 2. Pluralidade de titulares. 3. Atos jurídicos ratificáveis

§ 422. *Eficácia da ratificação.* 1. Retroeficácia. 2. Validação *ab initio*

§ 423. *Prescrição das ações de anulação.* 1. Interesse privado e anulabilidade 2. O adágio *Quae ad agendum sunt temporalia, ad Excipiendum sunt perpetua.* 3. Renúncia à prescrição

§ 424. *Eficácia da sentença anulatória.* 1. Eficácia constitutiva negativa. 2ª Restituição segundo o art. 158 do Código Civil. 3. Efeito anteriores á anulação. 4. Cumulação. 5. Transmissão dia propriedade. 6.

Consequências da anulação. 7. Anulaçát0 de parte do ato jurídico. 8. Direito ao interesse negativo. 9. Ações a que a sentença de anulação pré-exclui. 10. Impossíbilitação do restabelecimento da situação anterior 11.

Definitividade da anulação. 12. Anulação e interesses de terceiro. 13. Conteúdo do art. 158 do Código Civil e de outras regras jurídicas. 14. *Actio judicati*

Capítulo II

Anulabilidade por Incapacidade

§ 425. *Quando se dá a anulabilidade por incapacidade.* 1. Incapacidade relativa. 2. Ato jurídico do relativamente incapaz. 3. Ato do que deve assistir. 4. Atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos. 5.

Curador estatal

§ 426. *Relativamente incapaz e malícia.* 1. O art. 155 do Código Civil. 2. Atos jurídicos por intermédio de representante

Capítulo III

Anulabilidade por Falta de Assentimento de Outrem

§ 427. *Natureza do ato de assentimento de outrem.* 1. Ato de assentir 2. Espécies de assentimento

§ 428. *Assentimento e consentimento.* 1. Assentir e consentir. 2. Assentimento resguardativo e consentimento

§ 429. *Eficácia da sentença anulatória.* 1. Assentimento resguardativo e anulação do ato jurídico. 2. Eficácia quanto a terceiros

Capítulo IV

Erro

§ 430. *Conceito de erro.* 1. Verdade, falsidade e erro. 2.

Erro invalidante. 3. Erro e interpretação. 4. Erro e

elementos conceptuais a serem afastados. 5. Primeiro, interpreta-se o ato jurídico. 6. Espécies de erro. 7. Erro substancial. 8. *Naturalia negotii. 9. Errores iuris.* 10. Erro duplo e erro múltiplo. 11. Motivos e erro; erro e abstração. 12. *Error in faciendo.* 13. Erro e punibilidade

§ 431. *Quem erra invalidanternente.* 1. Agente do erro. 2.Autor da ação de anulação

§ 432. *Pressupostos subjetivo e objetivo do erro.* 1. Pressuposto subjetivo da importância da divergência. 2.

Pressuposto objetivo da importância transubjetiva da divergência. 3.Convergência dos dois pressupostos

§ 433. *Erro sobre a natureza do ato.* 1. *Error in negotio.* 2. Suposições e erro. 3. Técnica legislativa e *error in negotio*

§ 434. *Erro sobre* o *objeto principal da manifestação de vontade.* 1. Objeto principal e erro. 2. Identidade e qualidade

§ 435. *Erro sobre a pessoa do destinatário e sobre a pessoa do beneficiado.* 1. Pessoa do destinatário e pessoa do beneficiado. 2. Identidade da pessoa e erro. 3. Qualidades que não são essenciais à pessoa e erro substancial

§ 436. *Erro sobre as qualidades essenciais da pessoa.* 1.Qualidades essenciais da pessoa. 2. Força patrimonial ou financeira; solvência

§ 437. *Erro sobre as qualidades essenciais do objeto.* 1. Qualidades essenciais do objeto. 2. Exclusão do principio da irrelevância dos

motivos. 3. Qualidades essenciais dos direitos e outros bens corpóreos. 4.

Relações jurídicas e qualidades essenciais. 5. Erro sobre o conteúdo do ato jurídico. 6.Erro sobre o preço quanto à qualidade

§ 438. *"Falsa causa".* 1. Conceito. 2. Pressupostos

§ 439. *Anulabilidade e vícios redibitórios.* 1. Redibir e anular. 2. Crítica e solução

§ 440. *Erro devido á não-seriedade.* 1. Não-seriedade. 2.Problema de técnica legislativa. 3. Esperança de ser conhecida a falta de seriedade. 4. Reparação

§ 441. *Transmissão errónea.* 1. Erro do manifestante e erro na transmissão. 2. Troca de categorias jurídicas. 3.

Procurador, representante e núncio

§ 442. O *erro tem de ser escusável ou pode ser inescusável?* 1. "Verba" e *voluntas.* 2. Codificações contemporâneas. 3. Crítica aos argumentos *de lege ferenda.* 4. Prova do erro e anulação. 5. As teorias da vontade e da declaração; interpretação e erro

§ 443. *A culpa e a recognoscibilidade pela outra parte não são pressupostos.* 1. Culpa e erro; erro com culpa.

2.Erro e conhecimento do erro

§ 444. *Alcance de anulabilidade.* 1. Erro e todo do ato jurídico. 2. Anulabilidade por dolo e anulabilidade por erro. 3. Extinção da anulabilidade. 4. Atos jurídicos processuaís. 5. Nulidade e anulabilidade

§ 445. *Ação de anulação.* 1. Ação anulatória e sua eficácia. 2.Onus da prova. 3. Eficácia *erga omnes.* 4.

Questões prévias

§ 446. *Prescrição da ação de anulação.* 1. O Código Civil, art. 178, § 9ª, V, *b.* 2. Posição do demandado. 3.

Õrgão, núncio, mensageiro e instrumento

§ 447. *Restituição.* 1. Restabelecimento do estado anterior. 2.Sentença anulatória e eficácia

§ 448. *Indenização do interesse negativo.* 1. Responsabilidade pelo interesse negativo. 2. Transmissão errônea

Capitulo V

Dolo

§ 449. *Conceito de dolo.* 1. *Dolus malus.* 2. Dolo, causa de anulabilidade. 3. Dolo causal e dolo acidental. 4.

Dolo causal (art. 92). 5. Dolo por omissão. 6. Dolo e motivos.

§ 450. *Pressupostos da anulabilidade por dolo.* 1. Elementos essenciais do dolo. 2. Ato positivo e ato negativo. 3. Fato ou qualidade. 4. Dolo parcial. 5. Autor do dolo

§ 451. *Dolo de terceiro.* 1. Influência do dolo de terceiro. 2. Figurantes do mesmo lado e dolo. 3. Terceiro e proveito do dolo

§ 452. *Atos jurídicos anuláveis por dolo.* 1. Manifestações de vontade não-receptícias e dolo. 2. Dolo acidental. 3. Atos jurídicos e anulação

§ 453. *Dolo bilateral dos figurantes.* 1. Direito romano. 2. Direito brasileiro 551

§ 454. *Dolo* do *representante e pessoas postas em contacto.* 1. Conteúdo do art. 96. 2. Órgão de pessoa jurídica, agentes, mediadores, corretores, gestores de negócios

§ 455. *Ação de anulação por dolo.* 1. Anulação e ato jurídico nulo. 2. Concorrência de ações. 3. Ônus da prova. 4. Perempção segundo o art 268, parágrafo único do Código de Processo Civil. 5. Indenização do interesse negativo ao autor. 6. Incidência do art. 158 do Código Civil 46

§ 456. *Ação de indenização.* 1. Dolo e ato ilícito absoluto (Código Civil, art. 159). 2. Pressupostos da ação de 7

indenização. 3. Fundamento do art. 93 do Código Civil

§ 457. *Pretensões concorrentes.* 1. Dolo, anulabilidade e ilicítude. 2. Prescrição. 3. Concorrência e cumulação.

4. Exceção de dolo

46

9

Capítulo VI

Coação

47

1

§ 458. *Conceito de coação invalidante.* 1. *Vis absoluta* e *vis compulsiva.* 2. *Vis* e consequências no mundo 47

jurídico. 3.Técnica legislativa e coação

6

§ 459. *Pressupostos da anulabilidade por ter havido coação.* 1. Ato positivo e ato negativo de coação. 2.

Exercício irregular de direito, pretensão, ação e exceção. 3. Direção da ameaça. 4. Suporte fático do ato anulável por vício de coação. 5. Dano futuro e intimidação ou amedrontamento. 6. Elementos e circunstâncias subjetivas. 7. Temor reverencial e exercício normal de direito

47

48

8

§ 460. *Coactor e anulabilidade dos atos jurídicos.* 1. Autor da coação. 2. Coactor e ato não-sério 5

§ 461. *Que atos jurídicos são anuláveis por* vis compulsiva? 1. Negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu.* 2. Atos-fatos jurídicos

49

1

§ 462. *Contrariedade a direito.* 1. Meio contrário a direito ou fim contrário a direito. 2. Exercício irregular de direito, pretensão, ação ou exceção

§ 463. *Coação invalidante exercida por terceiro.* 1. Conteúdo do art. 101 do Código Civil. 2.

Desconhecimento da coação de terceiro, pelo outro figurante

49

4

§ 464. *Ação de anulação por ter havido coação.* 1. Fundamento da ação de anulação. 2. Eficácia da sentença anulatória

49

9

§ 465. *Dever e obrigação de restituir.* 1. Desconstituição e conseqüência. 2. Incidência do art. 158 do Código Civil

50

§ 466. *Dever e obrigação de indenizar.* 1. Ilícito invalidante e ilícito absoluto. 2. O coator e o figurante ciente.

2

3. A ação de indenização é independente da ação de anulação. 4. Ação de indenização como única

§ 467. *Prescrição das ações de anulação pela coação e deindenização.* 1. Ação de anulação e prescrição. 2.

Coação e começo do prazo prescricional da ação de anulação. 3.Ação de indenização, prescrita a de anulação.

4. Exceções e defesas. 5. *Exceptio metus*

Capítulo VII

Simulação

§ 468. *Conceito de simulação.* 1. Simular e simulação. 2. Definição de negócios jurídicos e simulação 551

§ 469. *Simulação e figuras parecidas.* 1. Fingimento e simulação. 2. Negócios jurídicos fiduciários e simulação. 3. Cessão-procura. 4. Testa-de-ferro e homem de palha. 5. Atos jurídicos *in fraudem legis.* 6.

Simulação unilateral

§ 470. *Simulação absoluta inocente.* 1. Inocência e nocência da simulação. 2. Função integrativa do juiz. 3.

Inexistência do ato jurídico simulado, figurantes e terceiros legitimados à ação declaratória. 4. Ato aparente na simulação absoluta

§ 471. *Simulação relativa inocente.* 1. Simulação relativa e inocência. 2. Legitimação de terceiros. 3. Falta de pressuposto

§ 472. *Simulação invalidante.* 1. Conceito. 2. Simulação. 3. Ação de anulação por simulação

§ 473. *Espécies de simulação invalidante.* 1. Aparência quanto a beneficiados. 2. Declaração, confissão, condição ou cláusula não-verdadeira. 3. Antedata e pós-data

§ 474. *Elementos da simulação invalidante.* 1. As duas espécies de simulação e seus elementos. 2. Acordo e intenção de simular, com entrada no mundo juridico. 3. Negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu.* 4.

Prejuízo a terceiro ou violação da lei. 5. Violação da lei

§ 475. *Os figurantes na simulação.* 1. Conteúdo do art. 104 do Código Civil. 2. Figurantes na simulação

§ 476. *Ação declaratária de aparência por simulação absoluta inocente.* 1. Simulação absoluta, inocente. 2. A ação dos ads. 102, 104 e 105 do Código Civil e a ação declaratória negativa. 3. Prova e irrenunciabilidade da ação.

§ 477. *Ação declaratária em caso de simulação inocente relativa.* 1. Validade do ato jurídico dissimulado. 2.

Invalidade do ato dissimulado

§ 478. *O ato jurídico dissimulado.* 1. Simulação relativa e dissimulação. 2. Conceito de extraversão e pressupostos. 3. A extraversão é eventual

§ 479. *Ação de anulação por simulação.* 1. Simulação nocente. 2. Ação de anulação. 3. Prova da simulação. 4.

Legitimação ativa. 5. Embargos do devedor

§ 480. *Simulação e transmissão.* 1. Simulação e interesses de terceiros. 2. Registro

§ 481. *Conceito de reserva mental.* 1. Reserva mental e origem do conceito. 2. Conceito de reserva mental. 3.

Elemento fático de reserva mental. 4. Inalegabilidade da reserva mental

Capítulo VIII

Fraude Contra Credores

§ 482. *Conceito e fundamento da anulabilidade por fraude contra credores.* 1. Precisões terminológicas. 2.

Sanções. 3. Fundamento da anulabilidade. 4. *Eventus damni*

§ 483. *Fraude contra credores em direito romano.* 1. Direito romano. 2. Eficácia dos remédios. 3. Partilha

§ 484. *Fraude contra credores, problema de técnica legislativa.* 1. Problema de técnica legislativa. 2.

Natureza da ação. 3. Revocatória falencial. 4. Pendência de ação executiva. 5. O art. 1.586 do Código Civil

§ 485. Eventus damni *(pressuposto necessário).* 1. Direito romano. 2. Credores anteriores

§ 486. *Consilium fraudis?* 1. Interpretação do Código Civil, arts. 106-112. 2. Código Civil, arts. 106-107

551

§ 487. *Scientia fraudis?* 1. Direito romano. 2. Direito brasileiro

§ 488. *Natureza dos remédios romanos.* 1. Condenatoriedade. 2. Restituição

§ 489. *Credores anteriores ao ato fraudulento.* 1. Princípio da anterioridade do crédito. 2. Direito concursal simples e falencial

§ 490. *Atos jurídicos anuláveis pela fraude contra credores.* 1. Direito romano. 2. Direito brasileiro. 3. Dação em soluto. 4. A regra jurídica ao art. 112 do Código Civil

§ 491. *Garantias reais.* 1. Regra jurídica de prova. 2. Anulabilidade (arts. 111 e 113, parágrafo único, do Código Civil) e ineficácia relativa

§ 492. *Legitimação ativa.* 1. Direito romano. 2. Direito brasileiro. 3. Credores por perdas e danos nas ações reais. 4. Terceiros. 5. Cessionários. 6. Síndico. 7. Credores concursais e falenciais

§ 493. *Legitimação passivo.* 1. Direito romano. 2. Direito brasileiro. 3. Legitimados passivos eventuais

§ 494. O *art. 106 do Código Civil e seu conteúdo.* 1. Atos jurídicos unilaterais e bilaterais a titulo gratuito. 2.

Pré-exclusão do pressuposto do *consilium fraudis.* 3. Pressuposto da gratuidade. 4. Gratuidade de excesso. 5.

Restituição

§ 495. *Os arts. 107 e 108 do Código Civil e seu conteúdo.* 1. Pressuposto da *scientia fraudis.* 2. Estado e entidades paraestatais. 3. Depósito de preço pelo adquirente

§ 496. *Pagamentos antecipados.* 1. Conceito. 2. Conteúdo do art. 110 do Código Civil. 3. A sanção do art. 11

do Código Civil

§ 497. *A ação de anulação por fraude e a revocatória falencial.* 1. Caráter da ação de anulação. 2. Objeto da ação de anulação. 3. Eficácia da ação anulatória. 4. A anulatória e a revocatória. 5. Autor. 6. Réus. 7.

Processualística. 8. Onus da prova

§ 498. *Ação declarativa falencial de ineficácia relativa.* 1. Conteúdo do art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21

de junho de 1945. 2. Eficácia da sentença. 3. Ação declarativa e ação de anulação ou de revogação

§ 499. *Ação revocatória falençial.* 1. Natureza da ação. 2. Pressupostos

da revocatória falencial. 3.

Fundamento da ação. 4. Sentença anterior sobre o ato jurídico. 5. Hipoteca judiciária. 6. Exceção e réplica revocatórias. 7. Anulação, revogação; ação e exceção

§ 500. *Extinção e prescrição da ação de anulação.* 1. Direito romano. 2. Direito brasileiro

§ 501. O *art. 107 e o enriquecimento injustificado.* 1. Direito romano. 2. Direito brasileiro

§ 502. *Ações cautelares.* 1. Para prevenir atos do adquirente ou beneficiado. 2. Se há medida cautelar antes do ato fraudulento

§ 503. *Eficácia das sentenças na ação de anulação (Código Civil, arts. 113, 106 e 107).* 1. Natureza das sentenças dos arts. 106 e 113 e dos arts. 107 e 113. 2. Destino do valor restituído. 3. Frutos. 4. Danos ao réu

§ 504. *Eficácia da sentença na ação revocatória falencial.* 1. Força constitutiva negativa. 2. Eficácia executiva mediata. 3. Ressarcimento eventual do dano. 4. Coisa julgada. 5. Registro e cancelamento

II. Plano da Validade

PARTE 1

Validade, Nulidade, Anulabilidade

Capitulo I

Validade

§ 356. Pressupostos de validade do negócio jurídico e de atos jurídicos stricto sensu

1.

Validade e eficácia. Para que o ato jurídico possa valer, épreciso que o mundo jurídico, em que se lhe deu entrada, o tenha por apto a nele atuar e permanecer. É aqui que se lhe vai exigir a *eficiência,* quer dizer —

o não-ser deficiente; porque aqui é que os seus efeitos se terão de irradiar *(eficácia).* A sua eficiência é a afirmação de que o seu suporte tático não foi deficiente, — satisfez todos os pressupostos de que fala o art. 82:

"A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, nº 1), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (mis. 129, 130, 145)." A regra jurídica seria mais exata se tivesse dito "objeto licito e possível" e houvesse aludido a pressupostos materiais essenciais, além daqueles dois primeiros (capacidade e objeto).

Efficere (ex, ficere) dá *efficiens* e *efficax,* mas *causa* efficiens é que se diz, para que se deixe o nome "eficácia" à irradiação dos efeitos.

O negócio jurídico ou o ato juridico stricto *sensu* nulo é de suporte fático *deficiente,* e — de regra — é negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu* ineficaz; o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu* anulável é de suporte fático deficiente, mas o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* é *eficaz* enquanto se não admite, em sentença, que não tenha eficácia. Por isso mesmo, não se pode ligar o conceito de invalidade (nulidade, anulabilidade) ao de eficácia. O ordenamento jurídico somente atribui validade ao ato juridico que corresponde a suporte tático que é suficiente e eficiente, isto é, suficiente e não-deficiente ou não-deficitário: porque é *suficiente,* entra no mundo jurídico como negócio jurídico ou como ato jurídico *stricto* sensu; se bem que seja *deficien* te. Quando se trata de saber quais são os negócios jurídicos, ou os atos jurídicos *stricto* sensu, válidos, o que importa é arrolarem-se os pressupostos *de validade,* que o mesmo édizer-se de não-ocorrência de causas de nulidade ou de

anulabilidade. A questão da eficácia e da ineficácia é estranha ao assunto, se bem que possa acontecer que a classes de invalidade corresponda o ter ou o não ter eficácia o ato jurídico que se inclui nelas. Por outro lado, se algum dos elementos do suporte fático é posterior à entrada dele no mundo juridico, e isso suscita questão do tempo em que se há de verificar se foi satisfeito o pressuposto de validade, veremos que isso de modo nenhum nos permite tratar em termos de pressupostos de eficácia os pressupostos de validade.

Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu.* Não há atos-fatos jurídicos válidos, ou não-válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu.* O pagamento, por exemplo, pode ser ineficaz; não, inválido.

2.

Pressupostos *de validade.* Os pressupostos de validade concernem: *a)* ao sujeito ou sujeitos do ato jurídico, que consentem ou devem assentir; *b)* ao objeto do ato jurídico; *c)* a elementos do ato juridico relativos ao gestum (forma + o que é essencial em ato, sem ser a forma em sentido estrito): forma externa (mi.

145, 111) e interna (art. 145, IV).

Se a falta de satisfação do pressuposto acarreta deficiência que se faz sentir, no mundo jurídico, *desde a entrada* e *para sempre,* do suporte fático (nulidade), ou desde *a entrada dele mas por algum tempo* (anulabilidade), é questão de técnica legislativa que o sistema juridico resolve, conforme os seus intuitos de política jurídica. Em verdade, subordinados a formalismos externo e interno rígidos, os povos primitivos tratavam as espécies, que hoje temos como de deficiência, por espécies de insuficiência: o suporte fático não entrava no mundo jurídico, em vez de entrar, posto que deficitariamente *(nullus momenti!);* era inútil (expres-551

são que foi a única que empregou Gaio, no segundo e terceiro Livro das Instituições, pois só uma vez, III, 176, se disse *nuila* a *obligatio).* Quando Gaio (II, 123) fala de cessação de impedimento, com efeito de convalescença, ou (II, 198, 212 e 218) de confirmação do *mutile,* ou (II, 147) de efeito do *nullus,* o sentido já está adulterado (L. Mitteis, *Rõmisches Priuatrecht,* 238, nota 4). O *nullum esse* não se confundia

com o ad *irritum revocari, recidere, irritum fieri* (cf. Gaio, II, 145, 146). Quando a mudança de filosofia introduziu a diferença entre não-existir e não-valer, a alteração consistiu em que se concebeu como podendo entrar no mundo jurídico o suporte fático que antes não poderia entrar: a nulidade passou a ser deficiência, e não insuficiência. Antes, somente o que poderia ser cassado, cair (caducidade), revogado, rescindido, resolvido, é que entrava no mundo jurídico. O tido *pro* non *scripto* não era: não entrava no mundo jurídico; nem hoje entra.

O *nullus* não entrava, e hoje entra. *Inanis* dizia-se o ato jurídico que não ofendia às regras jurídicas de forma, mas, por outra razão, era desnecessário, vazio, oco *(in-agn is); e.g.,* se há duas escrituras do mesmo negócio jurídico, como se o legado consta do testamento e do codicilo, a segunda é inane (Celso, L. 12, D., *de probationibus et praesumptionibus,* 22, 3: "et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudice debet") e o ônus da prova tem o herdeiro, que o alega; se o pai da mulher morta reclama juros do dote e o viúvo os reclamava sobre o que não se completara do dote, há compensação, salvo se o pai alimentava a filha, porque então "inanis usurarum stipulatio compensationi non proderit" (Papiniano, L. 42, § 2, D., soluto *matrimonio dos quemadmodum petatur,* 24, 3); se algumas coisas fazemos como se não fossemos *o* agente (ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant), fazem inane o nosso ato (inanem actum nostrum efficiunt): por isso mesmo, não se pode estipular, nem comprar, nem vender, nem contratar, de modo que outro, em seu nome próprio, atue, —

"et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nome recte agat, possumus (L. 11, D., de *obliqationibus et actionibus,* 44, 7). Verdade é que ora falta o objeto, inteiramente, ora se alude àexceção peremptória (O. Gradenwitz, *Die Ungiltigkeit obligatorischer* Rechtsgeschàfte, 303, nota 1), ora — e esse é o sentido científico mais aconselhável — à falta de identidade entre o que ésujeito e o que manifesta a vontade, O ato de quem gere negócios de outro, em nome do outro, não é ato jurídico da outra pessoa os negócios jurídicos, que ele suscitar, gerindo, são *inanes,* vazios, e só a ratificação os poderia encher. Hoje, a gestão de negócios (art. 1.331) é ato jurídico *stricto sensu;* não negócio jurídico, nem ato real (da classe dos atos-fatos jurídicos): *a fortiori,* ato inane. A ratificação do dono do negócio é que enche o inane dos negócios.

3.

Viciosidade. A noção de *vitiosus* é de origem sacral; deve ser velhíssima, porque a regra „Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere" (Paulo, L. 29, D., *de diversis regu lis ivris antiqui,* 50, 17) refere-se a *nuilus,* estava, sem generalização, em Javoleno (L. 201, D., 50, 17) e em Licínio Rufino, discípulo de Paulo, como aquele *amicissimus* (Plínio, *Ep.,* VI, 15), e deve ter sido apenas formulada por Paulo, que já faz *vi tiosus* e *nullus* sinônimos, quando, no direito sacral e no direito público, nem sempre o *ultium* importava inexistência (Th. Mommsen, *Râmisches Staatsrecbt,* 1, 115 s.). O sacral abrangia a vida toda; não separava, como o direito, o mundo fático e o jurídico. Quando o direito cogita do vitiosus, comete esse erro de fazer coincidentes vicio e inexistência. Muito mais tarde, o vicio (da vontade) já é algo que se observa dentro do direito, razão por que não se pode traduzir, hoje, literalmente, a regra paulina da L. 29, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17.

4.

Confusões de alguns jurista? Falando-se de elementos e pressupostos essenciais, não se devem confundir os dois planos, o da validade e o da eficácia; menos ainda, qualquer deles e o terceiro, que em verdade é ao rés da realidade, o da existência. Nenhum erro maior do que, por exemplo, o de E. Betti *(Teoria Generale dei Negozio Giuridico,* 158), ao cogitar dos *essentialia negotii,* dos *naturalia* e dos *accidentalia negotii* em termos de efeitos essenciais, naturais e acidentais. A coisa alheia, vendida, é causa de ineficácia, e não causa de invalidade. A coisa alheia, vendida, é causa de ineficácia, e não causa de invalidade.

§ 357. Existência, validade e invalidade, eficácia

1.

Existir e valer. Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se há de afirmar nem de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou o pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico,

nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se 551

referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.

2 . *Valer e ser eficaz.* Os fatos jurídicos, inclusive atos jurídicos, podem existir sem serem eficazes. O

testamento, antes da morte do testador, nenhuma outra eficácia tem que a de negócio jurídico unilateral, que, perfeito, aguarda o momento da eficácia. Há fatos jurídicos que são ineficazes, sem que a respeito deles se possa discutir validade ou invalidade. De regra, os atos jurídicos nulos são ineficazes; mas, ainda aí, pode a lei dar efeitos ao nulo.

Capitulo II

Nulidade e Anulabilidade

§ 358. Existência e nulidade

1. *Problema liminar de ser ou não-ser.* O problema de ser ou não-ser, no direito como em todos os ramos de conhecimento, éo problema liminar. Ou algo entrou ou se produziu e, pois, é, no mundo jurídico; ou nele não entrou, nem se produziu dentro dele, e, pois, *não* é. Enunciados tais têm de ser feitos, a cada momento, no trato da vida jurídica. As vezes, incidentemente; outras vezes, como conteúdo de petições, de requerimentos, ou em simples comunicações de conhecimento. O ser juridicamente e o não-ser juridicamente separam os acontecimentos em fatos do mundo jurídico e fatos estranhos ao mundo jurídico. Assente que todo fato jurídico provém da incidência da regra jurídica em suporte fático suficiente, ser é resultar dessa incidência. Já aqui se caracteriza a distinção, primeira, entre o ser suficiente e o ser deficientemente. Para algum ato jurídico ser deficiente, isto é, para que seja deficitário, é preciso que *seja.* A despeito da claridade de tais enunciados, reminiscências filosóficas, que correspondem a idades superadas, perturbam aqueles que se não dão conta de que há inúmeras espécies de ser. Logo de começo, em teoria geral do direito, e não só de direito privado, alguns juristas permitem que se identifiquem *nada* e *nulo,* inexistência e não-validade, que o mesmo é dizerem que o negócio jurídico nulo não existe. A sábitas, enfrentam o problema dos negócios jurídicos nulos, ou dos atos jurídicos *strícto sensu* nulos, que têm alguns ou algum efeito, e caem na contradição mais gritante: se o nulo não existe e se há nulo com efeitos, há efeito do que não existe e, pois, do nada. A educação lógico -

matemática e física do século XX repele tais imprecisões conceptuais. Certamente, a produção de efeitos pelo nulo não ocorre sempre, é rara; mas bastaria que, em algumas espécies, surtisse efeitos o negócio jurídico nulo, ou o ato jurídico *stricto sensu* nulo, para se ter de admitir que o ato jurídico nulo exista, seja. Se o ser pode não produzir efeitos, efeitos não podem vir do não-ser, do nada, do inexistente. Compreende-se o esforço dos pensadores do direito para se reduzir ou eliminar essa contradição, que depõe contra a segurança racional do seu conhecimento. Em vez de procederem à distinção entre o

inexistente e o nulo, o que a evitaria, —

procuram atribuir o efeito do ato jurídico nulo a algo que *estaria* no seu lugar; e.g., fato jurídico não-negocial, fato ajuridico (nova contradição, porque seria efeito jurídico de fato que não-seria jurídico). Os juristas alemães e italianos, não todos, incorreram nisso e reduziram os negócios jurídicos nulos à cômoda expressão com que se designam não-entidades, não-negócios (por exemplo, Lothmar, *Uber* Causa *im rôrniscben Recht,* 10 5.; A. Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht,* 358; E Zrodlowski, *Das rómische Privatrecht,* II, § 60, nota 4; Fr Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, *Jherings Jahrbúcher,* 41, 42 5.; recentemente, 12. Rubino, *La Fattispecie* e *gli effetti giuridici preliminari,* 86 s.). A reação a isso está em B. Windscheid *(Lebrbuch,* 1, Y

ed., 313, inclusive a nota de Th. Kipp; nas edições anteriores, § 69, texto e nota 1 *d)*. A despeito do erro dos processualistas alemães, sob influência dos civilistas romanizantes, de admitirem ação declaratória em caso de nulidade (absoluta), a doutrina mais recente repeliu a identificação do nulo com o inexistente (K. Cosack-H.

Mitteis, *Lehrbucb,* 1, 8ª ed. 147; K. Burchard e H. O. de Boor, *Bdrgerliches Recht,* 1, 61; A. Manigk, *Willenserklãrung* und *Willensgeschãft,* 189; Hopp, *Eigentumsuorbehalt und Eigentumsanwartschaft,* 30 s.). A identificação denuncia que ainda se raciocina com o elemento romanístico, correspondente a convicções filosóficas e técnicas superadas.

A concepção das nulidades tem fontes gnoseológicas. O que a filosofia dominante, pelo menos na escola 551

de juristas a que pertence ou está ligado o legislador, assenta sobre o não-ser, o nada, ou o vácuo, determina ou influi em sua teoria jurídica das nulidades. No principio, o que decide é a questão sobre existir no mundo, ou não, o *nulo:* ou o povo, que faz a teoria das nulidades, tem do nulo a noção de nada, de conjunto (absolutamente) vazio, Cconcepção faz vazio o nulo; essa, ainda o deixa cheio de não-i. Naturalmente, as variantes são muitas e têm determinação gnoseológica, provavelmente psicanalítica, econômica e de estrutura-

ção política.

2. *Formalismo romano e conceito de* nullus. O formalismo romano construiu, com os seus sinais exteriores, visuais, bem mediterrâneos, o

mundo jurídico, de modo que o não-jurídico era o nãoconstruido, o não-existente, o *nec ulius.* Ser ato jurídico era ser formal, de tal sorte que se teve de construir, depois, a teoria das nulidades não ligadas à infração da forma. Qualquer pessoa podia argúir ser nulo o ato, porque ele não existia, não era, e podia arguir a inexistência como podia andar pelas estradas vazias, pelas ruas. O juiz não o via, porque o ato não era. Ser, ou não-ser.

O espírito romano tinha de ficar aquém de toda noção de ato anulável, do que existe e pode, em dadas circunstâncias, vir a não ter existido. Quando ele construía, a sua construção lá ficava; era no mundo. Fechara-se o negócio jurídico; e, se alguma razao, concernente ao passado, havia, para que não tivesse sido, o caminho único — para o Romano — era abri-lo, cortá-lo, rescindi-lo. Compreendia que se rescindisse o negócio jurídico, não que se anulasse: ou o *nec ullus,* ou o *ullus;* se se quer desfazer, tem-se de demolir, rescindir.

3.

Os dois *sentidos de* nullus *e de "nulo".* À medida que se ia caracterizando o significado de nulo, à diferença de *nullus,* que perdia o significado latino e apenas se conservava para a exposição do direito romano clássico e pós-clássico, porém não do uso moderno, os juristas foram vitimas de confusões e obscuridades lamentáveis. Se bem que E. 1. Bekker *(Uber die Couponsprozesse,* 36) tivesse posto o dedo na chaga, chamando a atenção para a frequente confusão entre *negotium nullum* e *ne.gotium ominino* non *existens,* uns tentavam manter o conceito romano, a despeito da mudança da filosofia e das regras jurídicas novas, e outros adaptavam tudo, que se afirmara em direito romano, ao conceito novo, que foi o de "qualificação" de ato jurídico. Se uns, como 5. Schlossmann *(Zur Lebre vom Zwange,* 17), exprobravam a última atitude, outros viam que a transformação conceptual se operara (e.g., Ph. Lotmar, *Uber* Causa, 11 s.), porque não é (hoje) o mesmo dizer-se bic *emptio non est* e *I-iaec emptio nuíla est.* As línguas ocidentais, românicas, ou não, refletiram o que se passava nas convicções filosóficas, e teve-se de atender à distinção. No caminho, não importa se há quem tente considerar o nulo como o só aparentemente existente (e.g., J. Unger, .System, II, 140

5.; E. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschãjt,* 288 e 377; contra, energicamente, J. Kohler, Der Kauf einer fremden Sache, *Zeitschrijt fúr deutscbes Búrgerliches Recht und franzósische Ziuilrecht,* VIII, 502, e R.

Leonhard, *Der Irrtum ais Ursacbe nicbtiger Vertrãge,* II, 2ª ed., 5 s.), ou como só não existente *para* o *direito (8.* Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 423 s., nota 1; cp. O. Karlowa, *Das Rechtsgescbãft,* 117). O ato jurídico nulo não é inexistente, porque satisfaz mínimo de suporte fático, que basta para se falar de ato jurídico, embora nulo, e não basta para ser válido, nem, sequer, somente anulável. Para a anulabilidade, exige-se outro mínimo de suporte fático *(Minimaltatbestand).* Não se pode, para se raciocinar com esses conceitos, recorrer às fontes romanas, porque não os tinham (cf. R. Leonhard, *Der Irrtum ais Ursacbe nichtiger Vertràge,* II, 7; 5.

Schlossmann, *Lebre vom Zwange,* 23; sem razão, 8. Windscheid, *Lebrbucb,* 1, 424 s., nota 2).

4. Direito comum. No direito comum, há duplo sentido de ato jurídico, que se deve evitar: ora se fala de ato jurídico como o elemento do suporte fático, de que resulta o fato jurídico, irradiador de efeitos, ora de ato jurídico como o que entrou do suporte fático no mundo jurídico (cp. E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 488; E.

Zitelmann, *Irrtum und Recbtsgescbâft,* 293). O ato é que éelemento do suporte fático; ato jurídico é o suporte fático, em que há o ato, tal como entrou no mundo jurídico (certo, H. lsay, *Die Willenserklãrung im Tatbestand des Recbtsgeschdfts,* 2; E. Natter, Die *teilweise Nichtigkeit,* 2 s.). Se disséssemos que há atos jurí-

dicos nulos, e nulo fosse igual a inexistente, existiria contradição evidente; porque não existiria ato jurídico, e sim somente ato mais outros elementos que compuseram suporte fático que não entrou no mundo jurídico. A contradição agravar-se-ia com a afirmação de que há ação declaratória para se decidir sobre nulidade, e não ação constitutiva negativa. Ação declaratória é sobre existência ou inexistência, — ou do fato jurídico, ou do efeito, ou da relação jurídica. Se se pede a declaração de que tal efeito não existe, a questão de ser nulo, ou não, o ato jurídico, é questão prévia, constitutiva negativa, que se pode pôr na própria ação declaratória, por 551

força do art. 146, parágrafo único, e em consequência da distinção mesma entre nulidade e anulabilidade. O

ato jurídico nulo é tratado como se não tivesse existido nunca; mas existiu e existe até que transite em julgado a decisão que o desconstitua. Por isso, embora excepcionalmente, pode ocorrer sanação *(e.g.,* arts. 208, 211 e 215).

5. *Concepção hodierna.* A concepção hodierna das nulidades reflete, como as dos antigos, concepção do ser: o nada não existe *no mundo,* porém o vazio pode existir; porque espaço vazio é gás rarefeito, há milhares de átomos em centímetro cúbico de espaço interestelar. No estudo que se faz, códigos à mão, das nulidades, não se pode dizer, sequer, que elas tenham existência só simbólica, s *(r);* porque o nulo existe, negar-lhe existencialidade (existência experiencial) e só lhe reconhecer existência simbólica não-seria traduzir a concepção contemporânea, posto que tenha sido a dos juristas que, sem a explicação da declaratividade pela alegabilidade *incidenter* e, pois, também, em questão prejudicial, admitem a ação declaratória, em caso de eiva de nulidade. Tal o que aconteceu com os juristas alemães, que aceitaram ou não resistiram ao emprego, pelos advogados e juizes, da ação declaratória do § 256 da Ordenação processual alemã. Era surpreendente a simplicidade com que, diante das dificuldades causadas por seu romanismo tardio, procediam, como, e.g., ao dizerem, quanto ao § 1.329 do Código Civil alemão (exigência da "ação" de nulidade), que "outros princípios fundamentais valem para o casamento nulo" (e.g., G. Planck, *BUrgerliches Gesetzbucb,* 1, 1ª ed., 145; 1, 4ª, 229). Quando se exige a "ação", ou a "ação ordinária" é que só se permite a acionabilidade em "ação", e não *incidenter:* excluiu-se o acionar-se em questão prejudicial, ou em exceção, e por isso, *somente por isso* (dizem), a ação declaratória seria fraca. Ora, encontraria ela o negócio jurídico nulo, ou o ato jurídico *stricto sensu nulo,* que se teria de desconstituir. Quando a lei não exige ação autônoma, ou ação de ritó especial ou de rito ordinário, a ação declaratória é fraca; todavia, uma vez que tal nulidade édecretável a qualquer mo mento, suscite-a quem, interessado, a suscitar, ou de ofício, o juiz, ao sentenciar, primeiro decide a questão prejudicial e, pois, desconstitui; após isso, declara. Ao declarar, já o negócio jurídico *nulo* ou o ato jurídico *stricto* sensu nulo, não é mais, não pertence mais ao mundo jurídico, já *estava desconstituido.*

6.

Soluções técnicas quanto ao conceito de nulo. No adotar essa ou aquela linha de limites, tem liberdade o legislador; porém sena expor-se a si, e expor os outros aos riscos dos cães de Pavlov, indecisos entre círculos e triângulos, considerar o mesmo fato como existente e inexistente, ao mesmo tempo, no mundo jurídico. Por outro lado, dentro do existente, toda precisão se há de dar aos conceitos

referentes à *defeituosidade* dos negócios jurídicos: o negócio jurídico nulo é defeituoso; o negócio jurídico anulável também o é. Além disso, herdamos a noção de rescisão, romana, de que os antigos juristas, impotentes para a criação da classe dos negócios jurídicos anuláveis, e dos atos jurídicos *stricto sensu* anuláveis, lançaram mão.

7.

Precisão conceptual indispensável aos sistemas jurídicos. Certamente, o legislador é livre no incluir, ou não, no *conjunto* da inexistência, ou no *conjunto* da existência (mundo jurídico), o nulo. Porém terá de o tratar, sempre, como inexistente, se naquele conjunto o incluiu, ou como existente, se o incluiu nesse. Não pode classificar o nulo como não-sendo e tratá-lo como ser; nem classificá-lo como ser e tratá-lo como não-sendo. São exigências elementares de lógica, a que não se pode furtar qualquer jurista digno do seu oficio.

Tomemos, por exemplo, a declaração de vontade. Ou ela foi feita, ou não foi feita. Não se pode dizer que a declaração de vontade pelo que estava coagido, ou ameaçado, não foi feita; foi-o, embora atingida pelo defeito. Defeito não éfalta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito. Toda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de *faliere,* como falso; ao passo que defeito vem de *delicio (facio)* e sugere estar mal feito.

O nulo é negação da validade; não é negação da existência. Mesmo porque se pressupôs o existente; tanto que nulo e não-nulo existem. A classe vazia e a classe cheia têm existência; porque a classe é, e os sinais se referem à vaziez ou ao enchimento (vazio, não-vazio = cheio). Sem se dar conta do que se pressupôs, cair-se-ia em paradoxo, pois f *a* —~ e f *a* não-seriam contraditórios se *fa* não pressupusesse que *f existe* e *a existe:* a conjunção de “f existe” e *“a* existe” implica (ɜ) *fx)* e, portanto, *fa* concede (ɘ) f *x.* (cf. Everett J. Nelson, Contradiction and the pressupposition of existence, *Mind,* 55, 1946, 319 s.).

8. *Manifestações tidas como não-escritas.* Há regras jurídicas que limpam o campo dos atos jurídicos mais rigorosamente do que com as sanções de nulidade, anulabilidade e rescindibilidade. São as regras jurídicas que mandam considerar-se *não-escrita* alguma manifestação de vontade, ou comunicação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, ou parte dela. A técnica jurídica lança mão, aí, de expediente externo, que é o de jogar a manifestação ou comunicação, ou a parte dela, no conjunto das manifestações ou comunicações ou partes inexistentes, em vez de só as empurrar para o conjunto complementar das manifestações ou comunica-

ções não-válidas e rescindíveis. O ato, tido por nulo, é; o não-escrito *não* é, não existe. A eficácia da sentença, que o proclama, é declarativa; não constitutiva negativa. Daí preferirem alguns textos *(e.g.,* Cóndigo Civil, art.

116), a expressão "inexistentes".

Os juristas que não distinguem o não-existente e o nulo momento, porque o direito, histórica e sistematicamente, alude a ela. Ao pretenderem tratá-la como sinônimo de não-existente cometem ter *todos* não ope ram excluem a classe nula, e tropeçam com ela a cada, erro de lógica (confusão entre "nulo" no sentido de não os elementos componentes, de modo que os que têm, e "não-existente").

§ 359. Limites entre o existente e o não-existente

1. *Problemas de* técnica *jurídica legislativa.* A técnica legislativa encontra problemas concretos assaz delicados, ao traçar os limites entre o existente e o inexistente: *a) O* ato em que foi um dos "sujeitos", ou o

"sujeito", quem não é pessoa *(* = sem capacidade de direito), há de ser tido como inexistente ou existente mas nulo? *b)* Há de ser tido como inexistente, ou como nulo, ou como anulável, o ato em que foi agente o louco, o surdo-mudo, ou o menor? *c) O* negócio em que a violência, o erro, ou a fraude, *causou* a manifestação ou comunicação, é de ser considerado inexistente, nulo, ou anulável? Desde que se inclui numa

classe o fato relativo a ato, tem-se de ir às conseqüências da classificação, *exceto* no que a lei mesma as exclua.

Existir, valer e *ser eficaz* são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não-ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (H.

Kelsen, *Hauptprobleme,* 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, sem *ser;* porque não há validade, ou eficácia do que não é.

2. *Validade e eficácia, erro grave nas confusões de conceitos.* Se o que praticou o ato não era *legitimado* jurídico, por ser estranho ao declarado o declarar, ou estranho ao manifestar o manifestado, ou estranho ao comunicar o comunicado, declarou, manifestou ou comunicou, *fora da ordem interior* em que o mundo jurídico encadeia os direitos, as pretensões e ações, posto que *dentro* do mundo jurídico. A sanção pode ser a nulidade; mas essa sanção supõe infração das leis reguladoras do ato jurídico, em vez de acontecimento fora.

Quem declara a vontade de vender a casa que pertence a outrem não infringe regra material ou formal do negócio jurídico; talvez haja observado todas elas: o que em verdade fez foi contratar a respeito do que lhe não pertence e, pois, por se pôr fora de ordem, *ineficazmen te.* Os juristas alemães chamaram ao estado dessa declaração fora de trilhos, heterotópica, *Rechtlosigkeit,* que é o negociar "sem direito" a fazê-lo; e A. Brinz *(Lehrbuch der Pandekten,* 2ª ed.,IV, 439) pôs claro que aí não se trata de nulidade: não se pode considerar nulo o negócio jurídico do possuidor, que pode mesmo vir a ser eficaz. Ao negócio jurídico, em si mesmo, nada faltou.

Na teoria das nulidades, o estudo do processo histórico tem sido inferior à contribuição histórica. Há excesso de romanismo, que ficou, e insuficiência de conhecimento profundo do direito romano das nulidades.

A tal ponto vai a confusão, que às vezes podemos dizer: "~Mas o direito romano não conhecia a teoria das nulidades!"; e outras: "Exatamente isso é a teoria romana da *nullitas* = não-existência!".

§ 360. Validade e não-validade

1.

Invalidade e ineficácia. A respeito dos atos jurídicos defeituosos, a terminologia tem sido caótica, se não contraditória; e é fácil calcular-se quão nociva ao direito tem sido essa falta de exatidão e de clareza. Que 551

é nulo? Que é anulável? Que é ineficaz?

A distinção entre nulidade e ineficácia é assente na distinção entre validade e eficacidade, depois que a ciência do direito apurou, a fundo, que a defeituosidade não se confunde com a falta de requisitos para a irradiação de efeitos. Toda validade se liga ao momento em que se faz jurídico o suporte fático; toda eficácia *será* produção da juridicidade do fato jurídico. A venda e compra da coisa alheia é ineficaz; pode vir a ser eficaz. O não poder executar a obrigação produz o efeito da indenização. Se o terceiro, que devia ser ouvido, não no foi, o negócio jurídico é ineficaz quanto a ele. O não-registro da venda e compra de imóveis éineficaz quanto a terceiros. A expressão "invalidade" *(* = não-validade), *Ungíltigkeit,* foi usada, primeiro, por E von Savigny *(System,* IV, 536). Os textos romanos falavam de negócios jurídicos *vitiosi;* e o jurista alemão encambulhou invalidade e ineficácia, complicando, ainda mais, a "transição" romana, inacabada, do conceito de *nu llum* (inexistente) para o conceito de inexistente, nulo e anulável. Aliás, é penoso ver-se, nos pandectistas, como se deixaram eles levar, no tratamento das nulidades (em senso largo), pelo direito positivo dos seus países, inclusive pelas mudanças por que esse direito passou. Não há exemplo mais chocante do que o daquelas edições que, após o Código Civil alemão, que adotou "impugnabilidade" *(Anfechtbarkeit),* em lugar de "invalidabilidade" *(Entkràftbarkeit),* isto é, depois de já haverem insinuado distinção entre *ntillus,* que era inexistente, nulo, e anulável, ou impugnável, ou invalidável, de todos falam como se fossem espécies de nulidade (senso largo, contemporâneo, de invalidade, oposto à inexistência e à validade).

Para se ver quanto os tratadistas de direito romano versaram os problemas de nulidade e de anulabilidade com elementos novos, que os Romanos estranhariam, basta lê-los. Por outro lado, misturaram atos jurídicos ineficazes e atos jurídicos nulos, ineficácia e nulidade. Toda identificação de anulabilidade (conceito novo) com rescisão é, para o direito romano, falso: o direito romano desconhecia aquele

conceito. Conhecia a nulidade (para ele, = inexistência): *nullum est negotium, nibil acham est* (Gaio, III, 176); e conhecia a rescisão.

Nos casos de vício do consentimento (dolo, fraude), o direito romano nada possuía, a princípio, de sanção; as partes tinham de prometer a indenização, fixada ou não, em caso de vicio do consentimento, e era a *actio ex stipulati* que se havia de propor, e o Pretor foi além — criou a *exceptio doli;* depois, o Pretor, talvez C.

Aquilius Gaílus, contemporâneo de Cícero, lançou a actio *de dolo,* que levava à restituição ou à indenização, porém só se construía a sua eficácia como de *rescisão,* ou *diminuição da prestação.* Nenhuma nulidade, ou anulabilidade.

Quanto à violência, ou era efetiva, ou ameaça, *metus.* Aquela, eliminando a vontade, era causa de nulidade (no sentido romano); essa, não: o ato jurídico, a despeito da coação moral, *existiu.* A crer-se em Cicero *(in Verrem,* 11, 3, 65) foi o pretor Octavius quem criou a ação *quod per vim aut metum abstulisset,* para reparação do dano causado pela violência. A *exceptio quod metus causa* podia ser usada antes de se executar o prometido. Nem nulidade, nem anulabilidade. Quanto à lesão, os imperadores Diocleciano e Maximiano estatuíram que, se o vendedor fora lesado em mais de metade do preço, podia demandar pela *rescisão* (L. 2, C., *de rescindenda venditione,* 4, 44). O réu podia completar o preço. No caso dos vícios da coisa, já as XII Tábuas haviam cominado a pena do dobro ao vendedor que houvesse afirmado qualidades que a coisa vendida não tinha e foi a jurisprudencia que estendeu tal responsabilidade àquele que houvesse ocultado a existência de vícios. Os Edis curuis, a quem tocava a policia dos mercados, regularam o assunto. O comprador podia pedir a diminuição do preço, ou a *redhibitio,* que era o re-haver o preço. Nem nulidade, nem anulabilidade; quase se re-dava (L. 21, D., *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris,* 21, 1: idcirco redhibitio est appellata quasi redditio"), resolvendo-se o contrato (L. 23, § 1: "resoluta emptíone"). É certo que A. Brinz *(Lehrbuch der Pandekten,* 2ª ed., II, 422, nota 71, e 424) e O. Karlowa *(Das Rechtsgeschàft und sei ne Wirkung,* 159) falavam de anulação; porém não era isso o que se passava, nem é o que hoje se passa. O conceito romano era o de *resolu tio,* e o defeito da coisa é que causava a *actio redhibitoria,* — não o do contrato de venda e compra.

A lei fizera resolução legal o que fora resolução convencional, com a *actio ex stipulati.*

Lei de D. Duarte (18 de março de 1435) supunha a existência, no direito português, das *ações de enjeitamento* (redibitória e de diminuição do preço) e foi feita "por escusar tais demandas e dar avisamento aos compradores" de cavalos e outras bestas em Evora, a fim de perderem "toda a esperança de desfazer a venda, ou troca" (Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 22, §§ 2-5, onde se atribui à lei, com razão, a data de 18 de março, em vez de 28, que consta do manuscrito de Santarém). As Ordenações Manuelinas (Livro IV, Titulo 16) puseram em relevo o enjeitamento de escravos com doença ou manqueira, e acrescentaram que o dito sobre os escravos de Guine" "aja lugar nas compras e vendas e trocas, escaimbos de todas as bestas, que por quaisquer pessoas forem compradas, vendidas, trocadas, e escaimbadas, que se quiserem enjeitar por manqueira ou doença". Se o vício não era doença ou manqueira, guardava-se "o que por direito for achado", 551

isto é, o que se houvesse de seguir, em direito romano. Nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 17, §§ 8 e 10), estatuiu-se: "E ainda que os escravos se não podem enjeitar por qualquer vicio e falta de ânimo, como atrás he declarado, as bestas se podem enjeitar por os tais vícios, ou faltas de ânimo, assim como se sem causa e não lhe sendo feito mal algum, se espantarem, ou impinarem, ou rebelarem" (§ 8, 2ª parte). "E as coisas, que não são animadas, quer sejam móveis, quer de raiz, se poderão enjeitar por vícios, ou faltas, que tenham, assim como um livro comprado, no qual falta um caderno, ou folha em parte notável, ou que está de maneira, que se não possa ler, ou um pomar, ou horta, que naturalmente sem indústria dos homens produze plantas ou ervas peçonhentas" (§ 10). O principio evitava a remissão ao direito romano.

2. *Resistências ao exato conceito de ato nulo; precisão de conceitos.* Alguns juristas chegam a não compreender que possa haver diferença entre inexistente e nulo (e.g., Francesco Messineo, *Istituzioni di Diritto* Civile, 1, 220; A. Fedele, *La Invaliditá dei* Negozio *Giuridico,* 32; von Eulitz, *Ungdltigkeit von Verwaltungsakte wegen Irrtums,* 12 5.; E Drogoul, *Essai d'une Théorie générale des Nuilités,* 88). Porém, além da regressão a Roma, em que importa tal atitude, choca-se ela com os sistemas jurídicos, a ponto de se pretender, depois, distinguir entre inexistências *(e.g.,* Ferrara-Santa-Maria, *Inellicacia e inoppon ibilitã,* 15): não existir e ser inválido, ~como? Não pode ser deficiente o que não existe, o que *não* é. Para ser deficiente, é preciso que exista. O que não existe nem é válido, nem inválido: não entrou, ou já não está, no mundo jurídico.

Revela pouco estudo de lógica e, mais ainda, da estrutura dos sistemas lógicos, pensar-se que, se há o conceito de inexistência, esse há de estar no mundo jurídico: e seria cometer o erro inverso, — em vez de se forçar a inserção do nulo no inexistente, forçar-se-ia a inserção do inexistente no nulo, trazendo-se aquele para o mundo juridico. Assim, quando Mano de Simone *(La Sanatoria dei Neqozio giuridico nulio,* 95) tentou pôr a inexistência, a nulidade (e a anulabilidade) como graus de validade, não atendeu o que o suporte fático insuficiente, que é o do inexistente, não entra no mundo jurídico. Nulo e anulável entram; o que não entra é o que não existe e, por isso mesmo, se diz inexistente. Inexistente, porque ficou *fora* do mundo jurídico; dele pode-se falar, de dentro do direito, como, de dentro da casa, se pode falar do que se passa ou se passou na rua.

O conceito de negócio jurídico inexistente ou de ato jurídico *stricto sensu* inexistente é metajurídico; não é mais do que o enunciado da não-juridicização do ato. Estão-se a contemplar dois mundos, o dos fatos e o jurídico. Não existir, estando no mundo jurídico, seria absurdo; não se pode raciocinar, em qualquer ciência, sem se respeitar o que é lógico, o que é matemático e o que é físico. A categoria do inexistente é ineliminável, porque o mundo jurídico não abrange todo o mundo fático, nem se identifica com ele; a categoria do nulo existe, porque se teve de classificar e nomear o que é o mínimo tolerado dentro do mundo jurídico, embora para ser apontado como extremamente viciado, deficiente. Não se pode dizer que o conceito de inexistente seja inútil ao jurista: é de interesse do nadador saber onde acaba a piscina. Ainda no plano da eficácia, o ato inexistente é ato que não poderia produzir efeitos; o ato jurídico nulo, o que não os produz, porque é nulo. A ineficácia do inexistente é conseqüência de não-existir; a ineficácia do nulo é supressão. Vê-se, no ato juridico nulo, a falta, o défice, a cavidade, o suporte fático sobre que a lei incidiu e entrou no mundo jurídico sem que enchesse o molde legal. Se A estava morto quando *se diz* que testou, não há testamento: o negócio jurídico inexiste. Se A vendeu a lua, não há negócio jurídico de venda e compra. Se A trocou o perfume do roseira!

pela cadeira, não houve negócio jurídico. Se A doou o pedaço de carne ao cão alheio X, A não doou (a doação não existe), — A apenas derrelinqúiu a carne, ou destruiu bem. Se A doou o pedaço de carne ao seu cão Y, A usou a sua propriedade móvel, consumindo-a, — não doou.

O ato humano, ainda se havia intenção de que entrasse no mundo

jurídico como negócio jurídico, ou como ato jurídico stricto *sensu,* não é ato jurídico, se nele não entrou. Não se fez *jurídico.* Se falamos de ato jurídico nulo, ou de ato jurídico anulável, supomos que o ato humano entrou no mundo jurídico e é nulo ou anulável. Porque nulo e anulável são conceitos do mundo jurídico. No mundo fático, não há nulidades, nem anulabilidades. No próprio mundo jurídico, somente há nulidades e anulabilidades de negócios jurídicos e de atos jurídicos *stricto sensu.*

3.

Conceito de nulidade e propriedades do ato jurídico nulo. O conceito de nulidade não coincide, já vimos, com o de inexistência. Tanto assim que é possível, nos casos concretos, tirar-se algo do nulo, o que se não conceberia, se nulo e inexistente fossem o mesmo. Nulo não alude a não-ser, mas apenas a não valer. Os negócios jurídicos nulos e os atos jurídicos *stricto sensu* nulos são os que foram criados com vício grave; tal que: *a)* são insanáveis as suas invalidades e irratificáveis, tanto que confirmação deles, a rigor, não há, há firmação nova, *ex* nunc, e de modo nenhum confirmação; *b)* qualquer interessado, e não só figurante, pode 551

alegar e fazer ser pronunciada a nulidade, dita, então, deficiência absoluta; *c)* o juiz, encontrando-as, ainda se não arguidas, pode decretá-las; *d)* para suscitar pronunciamento judicial sobre elas não precisa o interessado de prqpor demanda (ação ordinária, ou não), e até *incidenter* é suscitável; *e)* não corre prescrição da pretensão à decretação da nulidade; ~ é sem efeito. Ora, no direito escrito, há casos de nulidade em que falta alguma dessas propriedades, — o que bem mostra que alguma ou algumas se lhes podem tirar, — o que se não poderia admitir se nulo fosse o mesmo que inexistente. O ato jurídico nulo é ato jurídico deficitário, mas é ato jurídico.

Não é zero-negócio jurídico, ou *zero-ato* jurídico *stricto sensu;* é ato jurídico menor que um ((1). Quando se admite que a sua estrutura não seja a do negócio jurídico nulo do tipo mais completo (insanabilidade, irratificabilidade; alegabilidade pelo simples interessado; decretabilidade de ofício; desnecessidade de propositura de “ação”; imprescritibilidade; ineficácia), aproxima-se de 1, sem no alcançar, e sem alcançar ser, sequer, da classe dos atos jurídicos *anuláveis,* que também são menores que 1, sem serem *zero.* São raros, porém o direito positivo conhece: negócios jurídicos nulos sanáveis ou ratificáveis; negócios jurídicos nulos de alegação relativa, e não pelo

simples interessado; negócios jurídicos nulos cuja nulidade não é decretável de ofício; negócios jurídicos nulos para cuja decretação de nulidade se precisa de "ação" e, por vezes, de "ação ordinária"; negócios jurídicos nulos a que se fixou prazo preclusivo, ou de prescrição, para ser pedida a decretação da nulidade; negócios jurídicos nulos, mas eficazes no todo ou em parte dos efeitos. Dá-se o mesmo, embora mais raramente, com atos jurídicos *stricto sensu* nulos. O conceito de nulidade é, portanto, entre o tipo mais completo e o menos desfalcado possível, isto é, entre o nulo, tal como o feixe daquelas propriedades o define, e o nulo *abcdef — **J,*** ou *abcdef — e,* ou *abcdef — d,* ou *abcdef — c,* ou *abcdef* — b, ou *abcdef* — a. Essas considerações, em espíritos de educação científica, logo provocam as questões cruciais, que os juristas superficiais não viam: ~Até *onde* se podem eliminar propriedades das nulidades, sem que os negócios jurídicos nulos deixem de ser nulos para se tornarem anuláveis? *tOnde* começa o píano dos negócios jurídicos anuláveis?

4.

Eliminação necessária da confusão entre inexistência e invalidade. Logo após a publicação do Código Civil alemão, juristas, levados pelos escritores romanizantes e pelos *Motive* (1, 126), entendiam que só era negócio jurídico o negócio jurídico válido. No texto da lei, falava-se, porém, de negócio jurídico nulo *(e.g.,* §§

125, 135, 138 e 140) e seria difícil deixar-se de considerar existente o negócio jurídico nulo (cf. Fritz Friedmann, *Rechtshandlung,* 14 s.). O negócio jurídico é dirigido à produção de eficácia: se se produziu ou não, essa eficácia, não importa ao conceito de negócio jurídico. Assim, o negócio jurídico nulo é negócio jurídico, e o testamento antes da morte do testador, também o é, sem se precisar de recorrer à distinção entre negócio jurídico efetivo ou não *(wirkliches u. unwirkliches Rechtsgeschàft),* de que se socorria Ernst Zitelmann *(Die RecbtsgescbâJte,* 285 s.). Há, ou não há o negócio juridico; se há, ou é válido, ou é nulo, ou é anulável; pode, também, ser rescindível, ou não; e ser eficaz ou ineficaz. O suporte fático pode fazer-se fato jurídico, no caso negócio juridico, que é espécie de ato jurídico, e esse, de fato jurídico: o fato jurídico terá toda a eficácia, ou parte dela, ou nenhuma. O negócio jurídico é nulo, ou anulável, porque alguma regra jurídica sobre nulidade ou anulabilidade o atinge, mas entra ele no mundo jurídico. O mesmo raciocínio far-se-

á quanto aos atos jurídicos *stricto sensu.*

5.

Confusão entre nulidade e algumas das propriedades do nulo. (a) Tem-se procurado identificar a nulidade do negócio jurídico com a *insanabilidade* do defeito. Se o fato constitutivo do negócio jurídico foi atingido, ou há não-validade sanável, ou há não-validade insanável. O nulo seria o insanável, o incompletável (assim, L. Jacobi, Die fehlerhaften Rechtsgeschãfte, *Archiu fúr die civilistische Praxis,* 86, 73). Tal identificação remonta, pelo menos, a C. G. von Wãchter *(Pandekten,* 1, 422 e 434). O art. 208 do Código Civil refere-se à nulidade, que pode ser "sanada" pelo tempo. Cai por terra a afirmação.

(b) Há a opinião dc que as nulidades são sempre alegáveis (alegabilidade aberta) pelos interessados em que os negócios jurídicos nulos não logrem efeitos que, de direito, não têm. A expressão "nulidade absoluta" seria, a rigor, pleonástica; porque toda nulidade *(ipso iure)* é absoluta. A última proposição é verdadeira, porém a recíproca não no é: há anulabilidades que, nesse sentido, seriam absolutas. (Outros sentidos de nulidades absolutas são nulidades plurilaterais ou contra e a favor de todos, nulidades insanáveis.) *(c)* A *decretabilidade de ofício* também tem sido considerada elemento essencial, sinal, da nulidade, que é *ipso iure.* A nulidade supõe sanção. Não existir não é sanção — é repulsa radical; nulidade o é. Certamente, casos há em que a lei diz que se tratem declarações ou manifestações de vontade como inexistentes, "não escritas", porém, ai, a sua atitude é de pré-exclusão ou de enunciado prévio e geral de não-existência, e não de simples reprovação. Para o direito já livre da identificação romana *(nu Ilus* = inexistente), a ordem jurídica 551

trata o negócio jurídico nulo ou o ato jurídico *stricto sensu* nulo como natimorto, porém, ainda assim, como ser. Por isso, é — de regra — insanável a nulidade, irratificável e decretável de oficio. Ocorre, todavia, que, *a)* se a lei faz dependente de "ação" a decretação da nulidade, ou de algum procedimento adequado (comum, especial), fica ao juiz cortado o seu poder e dever de a decretar. Outrossim, *b)* se a lei risca diretamente esse elemento essencial. Quanto a *a,* a questão desloca-se e dela trataremos sob *(d);* quanto a *b,* a atitude do legislador seria contraditória: deu a sanção de nulidade, portanto a de enérgica reprovação dentro da ordem jurídica, e permitiu a impotência do juiz diante do nulo.

A alegabilidade só em "ação", por parte dos interessados, não é, *sempre,* determinante da indecretabílidade de ofício; mas é preciso que a lei o diga. Aliás, ainda a respeito de ineficácias *per exceptionem* (pretorianas), o direito romano teve decretabilídade (para ele, declarabílidade) de ofício (O.

Gradenwffz, *Die Ungiltigkeit,* 70, 73 s., 116 s).

(d) O ramo de direito, em que nasce o negócio jurídico, trata a nulidade, invalidade de pleno direito, como arguível em qualquer processo, ainda *incidenter.* Se esse ramo de direito exige a "ação", ou a "ordinariedade" ou a "sumariedade" ou "especialidade" de rito ("ação"), é que o legislador lançou mão da técnica do direito processual, ou com o propósito de a materializar, ou, apenas, pelo habito, ou desenvoltura, ou desatenção, de misturar direito material e processo. Por isso mesmo, a livre argúibilidade não poderia deixar de ser considerada característica material das nulidades *ipso iure,* salvo onde o próprio direito material, contra os princípios, houvesse "materializado" a exigência do rito. A argúibilidade *incidenter* é, pois, elemento indíciante, fortíssimo, da nulidade, que é invalidade *ipso iure.* Não só: uma vez que a exceção à regra provém do direito processual e, quase sempre, se mantém de direito processual, apesar da inserção em código ou em lei esparsa de direito material, — o interessado tem a ação e pode exercê-la, sem a observância da regra excepcional, se a *lex lo ri,* sendo outra que a do sistema a que pertence o direito material, não a adotou. Essa consideração de serem de Estados diferentes a lei de direito material e a de direito processual põe em relevo, de um lado, a importância da classificação da regra jurídica como sendo, de ordinário, regra de direito processual heterotópica, e, do outro, as consequências, no plano internacional, da eventual "materializaçào" da regra pelo direito material em que se inseriu. Em estado puro, a nulidade produz ação, mas independe de

"ação" e até *incidenter* pode ser arguida.

A decretabilidade só em ação *(ope exception is),* tratando-se de nulidade, superpõe à divisão sistemática romana *(ipso iure, ope exception is);* é medida legislativa que atenua da sua radicalidade o inválido *ipso iure;* e esse nulo só se pode ter como, em verdade, nulo, em vez de anulável, se mantém elementos, sinais, de não ter passado à classe do anulável.

(J)

Ineficácia, sem ser por motivo de defeituosidade, não resulta de nulidade, nem a produz. A nulidade pode produzir ou não produzir ineficácia. Há atos anuláveis — e até nulos! — eficazes. A ineficácia não é, de modo nenhum, *sinal* de que o negócio jurídico seja nulo. Por outro lado, a nulidade não basta, em todos os casos, para se afirmar a ineficácia. Ser ineficaz, por deficiência de suporte fático, apenas indicia tratar-se de nulidade; se não se mostra ter havido deficiência, — nem sequer indicia.

A questão é tanto mais grave quanto se apura que as legislações, ainda a alemã, são obscuras. O 1

Projeto, § 108, identificava negócio jurídico *nulo* e negócio jurídico *ineficaz,* portanto negócio jurídico nulo =

— f, o que é falso, pois que se conhecem efeitos de negócios jurídicos nulos (Código Civil alemão, §§ 1.323

s.), ainda quando se exija serem efeitos provenientes do conteúdo do negócio jurídico. Aliás, os mesmos juristas, que identificam nulo e ineficaz, definem a anulabilidade por ser dependente da eficácia da sentença a anulação e, pois, pela coexistência da invalidade de segundo grau com a eficácia. Anulável seria nulo *e* (ou *mas)* eficaz; nulo, ou inválido *ipso iure,* — nulo e ineficaz.

6.

Existência e nulidade, quanto a defeito de forma. A ineficáeia sem ser por infração da forma foi posterior à concepção da nulidade *(* = inexistência) por ser sem a forma o negócio jurídico. Primeiro, em casos de violação de leis cogentes sem se ter violado a forma, se concebeu a *repetição* do que fora pago. A tal ponto resistia o espírito romano ao "não valer" distinto do "não-ser" que, à época da *legis actio* o doador não se podia recusar àexecução da doação infringente, — tinha de cumprir o negócio jurídico com vicio de forma e, após, pela *legis actio per condictionem,* repetir o quanto doado. Tudo isso mostra como a concepção romana do *nullus* se tinha de confinar na dicotomia fundamental do ser e do não-ser. Para obter certos efeitos relativos, não lhe restavam outros meios que esses, como se, devendo passar do existente ao não-existente, tivesse de 551

fazer longos percursos. Se examinamos o caso das doações, vemos que o direito romano conseguia relativizar a invocação da infração (só a

parte lesada), evitando a arguição por todos que o entendessem, e permitindo que a vítima deixasse de argúí-la; tudo isso, sem recorrer à noção de anulabilidade, a que era impermeável. A adoção da sanção de nulidade, no sentido romano *(*= inexistência), para violações de regras de direito cogente atingiria o *ato* mesmo, o *negócio,* que, assim, não entraria no mundo jurídico. Preferia a esse conceito de nãoser o de ser seguido de outro ser superposto e em sentido negativo: a *repetitia.* jQue era a *repetitio?* O direito romano exigia a *causa* de dar. A toda dação havia de preceder causa. Se a causa faltava, o negócio jurídico era *sine causa.* Assim, executado ele, o executante sofria prejuízo e esse detrimento havia de ser reparado. Daí a criação dos *prudentes,* fundada em equidade (L. 206, D., de *diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17; L. 14, D., de *condictione indebiti,* 12, 6: "Nam hoc naturam aequum est neminem *cum alterius detrimento* fieri locupletiorem"; L. 66, D., 12, 6: "ex bono et aequo"). A dação transferia a propriedade; depois re-pedia-se, —

tal é o *repetere* dos textos. A ação não se fundava no negócio jurídico; superpunhase, temporal e conceptualmente, a ele, e era *quasi ex contractu.*

§ 361. Nulidade, ineficácia e pendência

1. *Não-coincidência entre a classe dos atos jurídicos ineficazes e a dos atos jurídicos nulos.* A confusão entre nulidade e ineficácia agravou-se no direito comum. Chegou-se a definir o nulo pelo ineficaz *(*= nulo igual ao que não tem efeitos) e chamou-se de nulos a muitos casos de ineficácia sem nulidade. Nulo é, de certo, o que é eivado de causa de invalidade e, de regra, não produz efeitos: se falta o primeiro pressuposto, nulo não há; ao passo que a técnica jurídica tem admitido exceções à exigência do segundo pressuposto. O que é verdade é que o conceito de ineficácia não é unitário *(*= dentro de si, sem classes; e O. Fischer, Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte, *Festgabe fúr* Adolf Wach, 8 s., E. Strohal, *Relative Unwirksamkeit,* 2 s., bem o mostraram), razão por que há negócios jurídicos ineficazes não-nulos. Por isso mesmo, foi erro de L. Ennеccerus *(Lehrbuch,* 1, 512, nota 3) considerar a alienação dos aquestos conjugais pela mulher como nula: é ineficaz, e o *§* 1.398 do Código Civil alemão o diz; outro, o ter o ato jurídico do tutor (ou do curador), nos casos do art.

427 *(art.* 453), como nulo: é ineficaz. Seria, como se viu, de todo

inconveniente identificarem-se nulo e ineficaz.

A venda e compra a *non domino* é válida e eficaz, no plano do direito das obrigações, porque a venda e compra é negócio jurídico consensual. Se a vista e com declaração de transmitir o vendedor ao comprador a propriedade e a posse, *ex hypothesi* não tem ele propriedade, que transmita, mas pode dar-se que tenha posse.

O acordo de transmissão é sem o efeito de transmissão da propriedade, por faltar ao vendedor poder de dispor.

Se a venda e compra foi a prazo, o vendedor assumiu dever e obrigaçáo de prestar o que prometeu prestar, sendo sem qualquer importância, para a existência, a validade e a eficácia do contrato, que é consensual, o pertencer ao vendedor a coisa vendida, ou não lhe pertencer, ou, ainda, existir, ou não existir. Não se trata de venda e compra nula, solução que revela bem parcos conhecimentos jurídicos nos que a afirmam; nem de venda e compra condicional, artifício inadmissível que se vê no acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 10 de junho de 1947 *(RCJB* 82/17). O que ocorre é, tão-somente, não poder ser prestado o que se prometeu, — o que se resolve com a pretensão às perdas e danos, por inadimplemento da obrigação oriunda do contrato consensual de venda e compra, ainda se houve o acordo de transmissão, porque o acordo de transmissão é adimplemento do contrato de venda e compra a vista, e — na espécie — não *satisfez* a obrigação de prestar a coisa vendida (inadimplemento positivo do contrato).

A falta de poderes não determina nulidade, nem existência (sem razão, J. M. Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado,* VIII, 269 e 26, 317). O ato jurídico do gestor de negócios ou do procurador sem poderes suficientes existe e vale, — não tem eficácia quanto ao *dominus negotii,* o que é outra coisa. A ratificação dá-

lhes essa eficácia.

2.

Pendência e nulidade. Os negócios jurídicos nulos distinguem-se dos negócios jurídicos pendentes. O

negócio jurídico condiciona! ou a termo já tem o seu suporte fático

dentro do mundo jurídico; se assim não fosse, não-seria negócio jurídico; o que lhe falta não concerne à existência, ou à validade, mas à eficácia. Éo que também acontece aos negócios jurídicos *mortis causa,* enquanto vive o testador, ao acordo sem entrega e à transmissão em negócio jurídico sobre imóveis sem a registro no registro predial. São negócios jurídicos em 551

que não existe, ou ainda não existe elemento do suporte fático que é dispensável para o negócio ser jurídico e valer, mas que é indispensável para ter eficácia. Aqui, seria errado pôr-se como negócio jurídico pendente o em que faltou ao relativamente incapaz a assistência do titular do pátrio poder, do tutor, ou do curador. Trata-se de invalidade (sem razão, Hans CarI Nipperdey, à 39ª ed. alemã de L. Enneccerus, *Lehrbuch, §* 189, nº 3).

A falta de poderes de procuração, sim, não é causa de nulidade, mas de ineficácia. O mandante não tem de propor ação de nulidade ou de anulação, mas a ação declaratória da inexistência de poderes, com o que se porá claro que o ato do mandatário foi só seu, sem eficácia quanto ao mandante, ou foi seu, no que excedeu os poderes. No art. 1.296, diz-se que "pode o mandante ratificar ou impugnar os atos praticados em seu nome sem poderes suficientes"; e no art. 1.297 acrescentouse: "o mandatário, que exceder os poderes do mandato, ou proceder contra eles, reputar-se-á mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos".

Nenhuma alusão à validade; aí, o mandante não é figura do negócio jurídico; e o negócio jurídico, que houve, é ineficaz quanto a ele. Tudo se passa como a respeito dos atos de disposição por parte do não-titular.

Os negócios jurídicos que precisam de ratificação, sem serem inválidos, são *pendentes;* por exemplo: os que foram feitos pelo falso representante, ou pelo procurador que excadeu os poderes, ou quando já extinta a procuração. Não assim, os feitos em nome falso. Pendência irremediável tem-se no negócio juridico, em que um dos figurantes "representou" pessoa inexistente.

§ 362. Nulidade e anulabilidade

1.

A invalidade passa-se no mundo jurídico. O negócio jurídico nulo ou o ato jurídico *stricto sensu* nulo corresponde a suporte fático que, nulamente embora, entrou no mundo jurídico. Seria equivocante dizer-se que se há de tratar de ato que pelo menos exista como suporte fático *(e.g.,* E. Betti, *Teoria Generale dei Negozio giuridico,* 298: "... un negozio siccome nulo pressupone per lo meno che il negozio *esista come fattispecie).* O

ato jurídico nulo entrou no mundo jurídico: se assim não fosse, nulo seria igual a inexistente; não haveria distinção entre o ser e o ser nulamente. Já no suporte fático está o défice; a despeito do défice, o ato penetrou no mundo jurídico, embora nulamente, exposto, de regra, como ato jurídico de suporte fático gravemente deficitário, a ataques fáceis e de quem quer que tenha interesse. Não nasceu morto, o que seria não nascer; nasceu impróprio àvida, por sua extrema debilidade.

Quem quer que traduza por anular (decretar a anulação) o *rescindere,* ou o *discedere,* ou o *infirmare,* ou o *distrabere,* ou o *dissoiuere,* ou o *revocare,* o *infrin gere,* dos textos romanos, baralha coisas distintas entra si e com o hodierno conceito de anulabilidade. Todos aqueles termos nada têm, tampouco, com o *nullus,* a *nuílitas,* o *negotiunl nuílum,* o *nullus momenti,* que são conceitos, negativos, do plano da existência. O

conceito de anulabilidade compôs-se no direito comum, não sem graves confusões com a de ineficácia. Não se pode ligar a fontes romanas a distinção entre nulidade e anulabilidade, devido a haver o direito civil e o direito pretório *(e.g.,* 5. Schlossmann, *Zur Lebre* vom *Zwange,* 27; O. Lenel, *(ilber Ursprung und Wirkung der Excep-tionen,* 135; certo, L. Mitteis, Zur Lehre von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschãfte, *Jberings Jahrbticher,* 28, 95): houve casos que se poderiam considerar — aproximativamente — como de anulabilidade, tanto no direito civil *(e.g.,* Gaio, III, 123; L. 4, D., *de coliusione detegenda,* 40, 16) quanto no direito do Pretor. No direito comum e no brasileiro, precisou-se a dicotomia. O Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850, arts. 682-694, acentuou-a, posto que usasse de errada terminologia. O escrito de A. Thon (Die rechtsverfolgende Einrede, *Jberings JabrbOcber,* 28, 41; *Recbtsnorm und* subjektivês *Recht,* 269) mostra que se pendia, no direito alemão, para o conceito de impugnação (não só alegação, mas também ato de volição).

2. Nulo *e anulável.* O nulo é ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico. Também entra, e menos débil, no mundo jurídico o suporte fático do negócio jurídico anulável. Nulo e anulável existem. No plano da existência *(* = entrada no mundo jurídico), não há distingui-los. Toda distinção só se pode fazer no plano da validade. Se disséssemos que aquele não existe, confundi-lo-íamos com o inexistente; se disséssemos que nulo é o que não tem efeitos, transpíantariamos ao plano da eficácia problema que só há de ser posto e resolvido no plano da validade. Trata-se de distinção interna ao plano da validade, baseada em maior ou menor gravidade do défice. Nada adianta aduzir-se que a anulabilidade é mais próxima da ineficácia superveniente; nem é suportável ao espirito científico o distinguirem-se existente e nulo, e falar-se de declaração de um e de outro, pois a decisão declarativa supõe existência ou inexistência, e nunca pode subir ao plano da validade. Nesse, a 551

distinção entre nulidade e anulabilidade é criação técnica, que determina tratamentos diferentes, um dos quais é o da *imprescritibilidade* das ações de nulidade, ligada à sua irrenunciabilidade. Seja como for, é à técnica legislativa que toca discriminar as causas de nulidade e as de anulabilidade para que se observem os dois regimes, internos ao plano da validade, atendidas modificações que se entendam, na lei, indispensáveis. Quase sempre, essas modificações de limites entre as duas espécies de invalidade provêm de causas históricas, de pedaços de sistemas jurídicos diferentes *(e.g.,* o romano, o germânico, o canônico, o foraleiro), que perduram no sistema jurídico vigente.

3.

Inconvalidabilidade da nulidade. A nulidade é inconvalidável: não sobrevém, jamais, validação; salvo se lei *nova* apanha o mesmo suporte fático, o faz não-deficitário, ou simplesmente anulável, e lhe põe data anterior, o que só é admissível se o direito, feito pelo poder estatal ou pelo poder constituinte, o permite, ou se a lei mesma, que regeu a entrada do suporte fático no mundo jurídico, "construiu" alguma integração posterior do suporte, atribuindo-lhe efeitos ex *tunc,* o que, em verdade, destoa da boa técnica jurídica. De ordinário e, pois, segundo os princípios gerais, toda pretendida confirmação é referência ao conteúdo do negócio jurídico nulo, em negócio juridico *ex* novo.

4.

Conceito de anulabilidade. Mostrou E von Savigny certa perplexidade em que se pusesse no mundo jurídico, como ocorridas no plano da validade, a nulidade e a anulabilidade, porque, dizia ele, e o repetiu O.

Gradenwitz *(Die Ungiltigkeit, 4),* o nulo não é e o anulável é. Mas o erro provinha de confusão entre o *nullus,* que é nada, que não é, e o nulo, segundo o direito e a filosofia posteriores, que é, embora invalidamente. Para o direito romano, a crítica estava certa; não para o direito contemporâneo, onde, está claro, a confusão não continuou nos espíritos. Defeituosidade não é inexistência. Para ter defeito, ou defeitos, é preciso existir. A anulabilidade é defeito menos grave, — há o defeito de que resulta a nulidade, que é mais grave. Tudo se passa no plano da validade, e não no plano da existência. Defeito que não se sana, mas defeito. Foi o direito comum, que, atendendo a profundas mudanças na filosofia e na economia do mundo medieval e pós-medieval, fez de nulidade *terminus technicus* do plano da validade (cp. A. 5. von Engelbrecht, *Die Bestàtigung nichtiger und anfechtbarer Rechtsgeschàfte,* 19 s.). Quanto à conversão, em vez de se pretender, como seria o caso de quem sustentasse a ratificabilidade do nulo, ser possível recompor-se o suporte fático com o elemento nulo, nada importa, — o próprio suporte fático há de conter o que baste a se encontrar a incidência de outra regra jurídica, isto é, de outra regra jurídica que faça entrar validamente no mundo jurídico o que, se se tratasse de regra jurídica em que se pensou, seria nulo. No suporte fático, falta *c,* ou há, de mais, *d,* de modo que *ab* ou *abcd* não entra validamente no mundo jurídico, é nulo; mas há regra jurídica que admite *ab,* ou *abd,* e então há conversão. Não há, portanto, qualquer paradoxo (sem razão, *Q.* Lieven, *Das nichtige und das anfechtbare Rechtsgescbâft,* 57).

A nulidade pode ser arguida, de regra, por qualquer interessado, não porque o ato jurídico não *seja,* mas porque não produz qualquer efeito (H. Cremer, *Beschrãnkte Nichtigkeit, 6;* C. Petersen, *Die Bestàtigung nichtíger und anfecbtbarer Rechtsgeschãfte,* 36). É isso que mais leva os menos expertos à confusão entre o inexistente e o nulo. Ambos não têm efeitos. Mas um não é; e o outro é. Um pode, excepcionalmente, ter efeito; e o outro, não.

§ 363. Nulidades ditas absoluta e relativa

1. *Crítica ás duas expressões.* A nulidade, diz-se, é absoluta; nulidade relativa é a anulabilidade. Devemos evitar os dois adjetivos "absoluta" e "relativa"; porque, empregando-os em diferentes sentidos e baralhando a esses, a cada momento, os juristas e juizes cometem erros sem conta. O sentido adequado de relatividade e de absolutidade é o referente aos *limites subjetivos da eficácia:* relativa é a eficácia só atinente a um, ou a alguns; absoluta, a eficácia *erga omnes.* Ora, já esse sentido não pode ser o que serviria a se distinguirem o nulo e o anulável. Absoluta, no plano da validade, seria a invalidade alegável por um, que fosse, de todos os interessados; e relativa, a que só pudesse ser alegada por alguém, ou algumas pessoas apontadas na lei. E esse o critério dos arts. 146 e 152. As confusões, a que acima aludimos, levam a falar-se de invalidade relativa, quando se aliena a coisa empenhada, hipotecada, anticrética, ou o título caucionado, ou a coisa alheia, espécies em que apenas se trata de ineficácia. São confusões derivadas da insuficiência de cultura lógico-matemática 551

dos juristas e da sua formação retórico-oratória, óbice ao rigor de terminologia e à reflexão percuciente. A relatividade no tocante à ação (de anulação) é a que consta do art. 152, 2ª parte, onde se diz: "Só os interessados as podem alegar, e aproveitam exclusivamente aos que as alegarem, salvo o caso de solidariedade, ou indivisibilidade." Só o começo dessa 2ª parte do art. 152 aqui nos importa entender. E de notar-se, desde logo, que se fala de "interessados", expressão que aparece, idêntica, no art. 146. "As nulidades do artigo antecedente", lê-se no art. 146, "podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir." Já aí ressalta que os "interessados", a que se refere o art. 146 são

"interessados", segundo conceito de "interesse", que não é, de modo nenhum, o conceito de "interesse que serviu a se cogitar de "interessados", no art. 152. Se só um fosse o conceito, a única diferença consistiria em ser alegável pelo Ministério Público, quando houvesse de intervir, a nulidade. Ora, nem historicamente, nem dentro da sistemática do direito civil, seria possível tal dilatação da alegabilidade do anulável. O Código Civil argentino, art. 1.047, 2e e 3ª partes, diz que a nulidade *(= nulidad absoluta):* "Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto ei que ha ejecutado eI acto, sabiendo o debiendo saber ei vicio que lo invalidaba. Puede tambiên pedirse su declaración por ei Ministerio Público, en ei interés de la moral ó de la iey." No art. 1.048, estatui-se: "La nulidad relativa", expressão que se refere à anulação, "no puede ser declarada por ei juez sino á pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración

por ei Ministerio Público en ei solo interês de la ley, ni puede alegarse sino por aquelios en cuyo beneficio le han establecido las leyes." A expressão "declarada", a respeito de nulidade e de anulação, aí está por "pronunciada", e não no sentido estrito de "declarada", tal como se precisou na classificação quinqual das decisões judiciais por sua eficácia. Porém, no tocante à legitimação ativa para a ação de anulação *(* = de *nulidad relativa),* o texto argentino é melhor que o brasileiro: em vez de aludir a "interessados", criando ambiguidade com a expressão do art. 146 (argentino, art. 1.048), fala de "aquelios en cuyo beneficio la han establecido las leys". Seria errado ler-se: "aqueles em desproveito de cuja esfera jurídica nasceram, se modificaram, ou se extinguiram direitos, pretensões, ações, ou exceções", ou "os interessados a que a eficácia própria do negócio jurídico ofenderia", ou coisa que o valha.

Seria passar-se ao plano da eficácia quando o problema tem de se confinar no plano da validade. Nesse, o que se pode e deve entender é "aqueles em cujo benefício se há estabelecido na regra jurídica sobre deficiência do suporte fático a anulabilidade".

2.

Outros sentidos das expressões. Os juristas, segundo W. A. Lauterbach *(Dissertationes accademicae,* disp. 76, nº 38), distinguiam a *nuilitas absoluta* e a *nulítas respectiva;* e J. H. Bóhmer *(Ris Ecclesiasticum Protestantium,* Lib. IV, art. 1, §§ 141 e 142), a *nulítas absoluta* e a *nuilitas secundum quid.* Mas, para outros, a relatividade concernia à sanabilidade (e.g., Chr. G. Mtihlenbruch, *Doctrina Pandectarum,* Lib. 1, § 114). A acionabilidade, atribuida somente a certa pessoa ou a certas pessoas, e pois, a ratificabilidade por ela é que distinguem hoje, para outros, as nulidades em relativas (respectivas) e absolutas (A. Priem, *Gibt es eine Mittelstufe zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeít?* 31; L. Mitteis, Zur Lehre von der Ungiltigkeií der Rechtsgeschsfte, *iahrbúcl-ier fOr die Dogmatik* 28, 131).

3. *Decisões sobre invalidade.* Ambas as sentenças que decretam a nulidade e a anulabilidade são constitutivas negativas: após a sua eficácia, nada existe no mundo jurídico, no tocante à *res deducta.*

§ 364. Conceito preciso de anulabilidade

1. *Precisão do conceito.* A anulabilidade é a não-validade, dependente de decretação que reduza a nada o negócio juridico *e os seus efeitos,* decretação subordinada a não estar prescrita a ação de anulação. A decretação da nulidade desconstitui o negócio jurídico *existente;* a decretação da anulação desconstitui o negó-

cio jurídico *existente* e desconstitui-lhe a *eficácia.* Aqui, ponto da distinção, no direito brasileiro, entre a nulidade e a anulabilidade. Não se precisa pedir a declaração da ineficácia do nulo; pede-se a desconstituição do existente nulo: a declaração da ineficácia seria sem outro alcance que elucidativo. Não assim quanto àdecretação da anulação: então, não bastaria pedir-se declaração de ineficácia e, pedida, seria prematura, porque ainda não se decretara a anulação e poderia ser desfavorável a decisão; ter-se-ia de pedir, antes, e obter-se, a decretação da anulação, sem a qual a eficácia não-seria atingida. A extinção *ex tunc* é efeito da decisão: eficácia da sentença *contra* eficácia do anulável; + x — x = 0. E isso o que diz o art. 152, 1ª parte, 551

quando estabelece: "As nulidades do art. 147 não têm efeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de ofício." No art. 1.046 do Código Civil argentino: "Los actos anulables se reputan válidos (?) mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde eI dia de la sentencia que los anule." Aliás, só a sentença trânsita em julgado tem essa força. Sentença, em sentido largo: decisão, ainda que em questão prejudicial, com força constitutiva negativa.

2. *Nulo e anulável; deficiências do suporte fático; decreta* ção *da invalidade.* A imagem mais própria para se diferençar o nulo e o anulável é a de coleção dê cubos (elementos), empilhados regularmente, formando o suporte f ático, a que ou *faltou* algum dos cubos, vendo-se o espaço vazio, e é a imagem do suporte fático do negócio nulo, ou a que algum dos cubos menores não foi *junto,* mas é *juntável* peío que o devia ter posto lá, o cubo complementar, ou, pelo tempo mesmo que decorreu, não pode ser mais visto o vazio. Há direito negativo, que se exerce contra o negócio jurídico anulável, pretensão e ação constitutivas, negativas, tal como existe direito negativo, pretensão e ação constitutivas negativas contra o nulo. Porém, enquanto o direito fundado na anulabilidade tem base no negócio mesmo, que tem eficácia e contra ele e a sua eficácia vai a

alegação de ser anulável, o direito à decretação da nulidade é reação do mundo juridico contra os negócios jurídicos gravemente deficitários. Existe, nos sistemas jurídicos, regra jurídica, que permite aos "interessados", no sentido do art. 146 ("todos los que tengan interés en hacerlo" art. 1.047 do Código Civil argentino), reagirem contra o nulo; isto é, se têm interesse nisso, pedirem que o suporte fático gravemente deficitário seja expelido do mundo jurídico. E a permissão da luta contra o que entrou no mundo jurídico sem ter efeitos entre os figurantes, embora possa, com a sua presença, *perturbar* (não dizemos "prejudicar") a esfera jurídica dos figurantes e dos terceiros. Há o ser sem validade e há o ser sem eficácia, que éde "interesse" remover do mundo jurídico. Assim como os que têm interesse na declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, ou da falsidade ou autenticidade do documento, podem pedir a declaração (Código de Processo Civil, art. 4ª, parágrafo único), os que têm interesse na decretação da nulidade podem pedir que se desconstitua o ato jurídico nulo. Alarga-se a legitimação subjetiva exatamente porque há maior número de pessoas que podem ter interesse em que se diga o que é que é e o que é que não é e em que se diga o que é que é nulo e o que é que não é nulo. Em vez disso, a anulabilidade supóe que só seja interessado em obter a decretação desconstitutiva quem foi contemplado pela lei como protegido *(*= beneficiado) pela regra jurídica sobre ser anulável o negócio jurídico, ou quem tem função de proteger. Somente nesse sentido é que se há de falar de direito de impugnação *(Anfechtungsrecht),* ou, ao invés, de direito à anulação; o direito à declaração da existência, ou da inexistência da relação jurídica, ou da falsidade, ou autenticidade, e o direito à decretação da nulidade são, por igual, direitos negativos. O que daqueles distingue a esses é serem atinentes a interesse que não é interno ao ato juridico de que se trata, — é externo, forâneo; o que écoessencial ao mundo jurídico e aos seus princípios de seleção de suportes fáticos é que lhe fique distinguir o que nele não pode entrar, o que entra sem poder irradiar efeitos, o que entra mas énulo e o que entra mas é anulável.

3. *Eficácia interimística do anulável.* O anulável produz efeitos. Só os deixa de produzir quando transita em julgado a sentença constitutiva negativa. Então, apagam-se, como se não tivessem sido (eficácia *ex tunc),* os efeitos anteriores. Não se dá isso com a decretação do nulo: desconstitui-se o ato juridico; não, a eficácia, porque não se desconstitui o que se não constituiu. Quando se diz que não se pode impugnar negócio jurídico nulo, ou ato jurídico *stricto sensu* nulo, porque não há eficácia a extinguir-se, *ex tunc,* está certo: impugnar é

lutar contra efeitos. Mas nem toda alegação contra o inválido é impugnação: não se impugna o nulo, porque se fez do conceito de impugnação conceito de luta contra o ser *e* os seus *efeitos.*

4. *Plano da validade.* Erro tão grande quanto considerar-se válido, mas atacável, o ato jurídico anulável é o de ter-se a anulação como destruidora de efeitos, e não do ato jurídico. A sentença anulatória desconstituiria apenas eficácia (A. E. Rudorff, em G. E. Puchta, *Pandekten, 4ª* ed., 98; E W. Christians, *Uber die sogen.*

relative Nichtigkeit, 21). A anulação vai mais fundo, desce ao plano da existência, desconstitui o próprio ato jurídico, donde não haver, *depois,* qualquer diferença entre o ato jurídico nulo, a que se decretou a nulidade, e o ato jurídico anulável, que se anulou (J. Baron, *Pandekten,* 8ª ed., 107; J. Unger, *System,* II, 140). Tudo se passa como se ato juridico não tivesse havido, — donde a incidência da regra jurídica de restituição (art. 158; E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 634; A. Brinz, *Lehrbuch,* IV, 2ª ed., 405), sem necessidade de querela. O ato jurídico anulável pode vir a ser válido, o que não ocorre com o ato jurídico nulo; mas ser anulável é ser inválido. Quando se diz que até à anulação o ato juridico anulável vale, como faz C. Petersen *(Die Bestãtitung nichtiqer und anfechtbarer Rechtsqeschàft,* 98), confundem-se validade e eficácia.

A ação de anulação nasce do fato de haver defeito no ato jurídico. Não é efeito do ato jurídico em si; é efeito do que é contradireito, com sanção anulatória, no ato juridico. Tanto édizer-se que o suporte fático deficitário entrou no mundo jurídico e o défice dá causa à anulabilidade, quanto ver-se na anulabilidade qualidade do ato jurídico (Ei W. Christians, *Uber die* sogen. *relatiue Nichtigkeit,* 20), o que é menos feliz. O

direito, que nasce, édistinto dos direitos que se irradiam do ato jurídico em si (R. Schlottmann, *Die Anfechtbarkeit,* 59), razão por que pode ser transferido e a ele renunciar-se (E von Savigny, *System,* III, 538).

5.

Vantagem técnica. Na doutrina alemã, à diferença da nossa, que lhe leva, nesse ponto, a palma, tem-se por válido o ato jurídico impugnável. O direito brasileiro frisou que se trata de duas espécies de invalidade, o que mais corresponde aos fatos e ao conceito de "defeito dos atos juridicos" (erro, dolo, coação, simulação, fraude contra credores, falta de assentimento de outra pessoa). A concepção do ato jurídico anulável (ou impugnável, segundo o conceito de *Anfechtbarkeit* da doutrina alemã) como ato jurídico *ipso iure* válido, mas atingível, restringe, até à contradição, o conceito de anulabilidade (ou impugnabilidade); e sao de repelir-se palavras como as de J. Unger *(Sys tem,* II, 159), que o tinha por válido mas suscetível de ataque, ou as de tantos outros que põem o conceito de nulidade no plano da existência e o de anulabilidade no plano da validade (confusão que culmina em B. Windscheid e em L. Arndts; cf., certos, O. Karlowa, *Das Rechtsgeschàft und seine Wirkung,* 158; H. Cremer, *Beschrankte Nichtigkeit,* 6 s.; cp. F. W. Christians *Uber die sogen. relative Nichtigfreit der Rechtsgeschdf te,* 20, que considera a anulabilidade qualidade do negócio jurídico, a que corresponde a ação). No direito brasileiro, tal atitude seria absurda.

Assim, temos três conceitos precisos, referentes a planos, o de *existência,* o de *eficácia* e o de *validade.*

Se há fato jurídico, existe no mundo jurídico: porque o fato que está no mundo jurídico é que se diz *jurídico.* O

fato jurídico já produz ou vai produzir efeito, ou efeitos, ou teria de os produzir e ocorre que os não produza.

Dentre os fatos juridicos, há os que provêm de atos humanos; dentre eles, uns entraram como negócios jurídicos, outros como atos jurídicos *stricto* sensu e outros apenas como atos-fatos jurídicos. A invalidade, a nulidade e a anulabilidade somente concernem aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos stricto sensu. A invalidade compreende a nulidade e a anulabilidade.

§ 365. Eficácia do anulável

1. *Eficácia e invalidade.* O anulável tem eficácia; é inválido, porém há duas espécies de invalidade: o nulo é uma delas; outra, o anulável. Esse fato de ser anulável, sem ser nulo, e o de ter efeitos, o que o nulo não tem, levaram a construções diferentes do anulável: *a)* uns disseram que a anulabilidade é o nulo (abinitio), que só se revela (ou o revelam) quando a sentença, devido à ação proposta, o mostra, porém tal construção é regressiva à teoria romana do nulo e, no fundo, teve por fito reduzir o anulável ao nulo e ambos ao inexistente, para afirmar a eficácia declarativa das decisões nas ações de nulidade e de anulação (regresso portanto a tempos anteriores á distinção mesma entre nulo e anulável); *b)* outros quiseram caracterizar o anulável como o que pode ser desconstituído, confusão mais grave ainda, porque mantém o conceito superado de "nulo inexistente", embora admita a distinção entre nulo e anulável; *c)* finalmente, tem-se o nulo como o desconstituível, que não precisa de desconstituição de efeitos, *pois não os irradia,* e o anulável como o desconstituível que precisa da desconstituição para que se extingam, *ex tunc,* os efeitos. A última é a construção científica dos nossos dias. Se alguém pretende efeitos do nulo, o interessado (art. 146) vem com a alegação da nulidade, que leva em si, como conseqúente, a de inexistência de efeitos. Se o juiz reconhece a nulidade, desconstitui o negócio jurídico nulo: pode-se dizer que a sua sentença tem a força de extinguir, *ex* íunc, o ato jurídico, repelindo o suporte fático gravemente deficitário; não se pode dizer que tem eficácia de extinguir os efeitos do negócio jurídico, *ex tunc.* Não se extingue o nada. A sentença de anulação, sim: extingue, *ex tunc,* negócio jurídico e, pois, a eficácia que se produzia.

2. *Ataque à eficácia do ato jurídico anulável.* Exigindo-se ao que tem ação de anulação, e não na propôs, algum dos efeitos do ato jurídico anulável, não pode o réu, — salvo se cabe, aí, reconvenção, o que depende do direito processual, — opor a anulabilidade. Não há exceção dilatória de anulabilidade. Nem exceção 551

peremptória, ainda se cabe reconvençáO: aí, qualquer referência à exceção seria errônea; o direito, que se exerce, é direito negativo, cuja acionabilidade em reconvenção (ação, não exceção!) depende da lei processual.

(É estranho que K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 254, tenha afirmado a existência da exceção peremptória, no caso do

§ 2.083 do Código Civil alemão, antes de esgotado o prazo de prescrição: a exceção do § 2.083, peculiar àquele Código Civil,

éresquício do direito de impugnação; sobre isso, E. Strohal, Schuldobernahme, *Jherings JahrbOcher,* 57, 326: "Surrogat des weggefallenen Anfechtungsrechtes".) O que tem alguma obrigação decorrente de negócio jurídico anulável há de cumpri-la, enquanto não se tem a desconstituição desse em decisão trânsita em julgado. Se se esgotou o prazo prescricional, para se exercer a ação de desconstituição, nada há a alegar-se em ação, ou em exceção: a exceção de prescrição *encobriu* a eficácia da ação. Se houve cessação do direito mesmo a pedir a anulação *(e.g.,* art. 151: "A ratificação expressa, ou a execução voluntária da obrigação anulável, nos termos dos arts. 148 a 150, importa renúncia a todas as ações, ou exceções, de que dispusesse contra o ato o devedor."), contra o réu, titular da extinta ação de anulação, o autor da ação não opõe exceção: alega a validade; ou, se o réu reconvém, a sua *defesa.* Alguns juristas erram ao dizerem que, prescrita a ação de anulação, o ato jurídico anulável torna-se válido. Basta pensar-se em que à prescrição se pode renunciar.

3. *Princípio da eventualidade, quanto às alegações de* inexistência, *nulidade e anulabilidade.* A anulabilidade, dissemos, não exclui a eficácia: o ato jurídico anulável existe, não vale, mas éeficaz. Isso não afasta casos em que as leis atribuem certos efeitos ao nulo; nem faz equivalentes nulidade e ineficácia. O anulável éeficaz; o nulo é ineficaz, porém nem toda ineficácia emana de nulidade. Nada obsta a que os pedidos obedeçam ao *princípio de eventualidade: a)* pede-se a declaração de inexistência; b) se édesfavorável a decisão nessa questão prejudicial, a decretação da nulidade; *c)* se ainda é desfavorável a decisão em *b,* a decretação da anulabilidade; *d)* se o é em *c,* a declaração de ineficácia. A questão *d* pode ser posta antes de *a,* ou de qualquer outra. As outras são sujeitas à ordem inalterável. Seria errôneo julgar-se a questão da anulabilidade antes da questão de nulidade, ou aquela ou essa, antes da questão de existência da relação jurídica.

4. *Concorrência cumulativa de alegações.* Algumas vezes não há alternação de pedidos, mas concorrência de causas. E.g., alega o réu que é o proprietário do terreno, porque o terreno *era* do seu pai, de quem é o único herdeiro, e porque o comprara antes da morte do seu pai (cf. K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 612). O suporte fático, em certos casos, é *quase* o mesmo; e poderia dar-se incidência de duas ou mais regras jurídicas. A solução, quanto àescolha pelo titular do direito,

tem de atender a que a simples existência simultânea das pretensões não as modifica, nem extingue uma delas. Apenas, se houve satisfação de todo o interesse, a outra cessa de existir na medida em que tal satisfação ocorreu. Também cessa, se houve ato inequívoco do titular preferindo a uma. Não é ato inequívoco de tal espécie o do titular que só exerce a ação própria de uma delas: o exercício da ação não éescolha, pois não há regra jurídica que obrigue a cumular ou a preferir.

A concorrência pode ser em direitos, que tenham fito constitutivo negativo, como se dá com os direitos à decretação da nulidade ou da anulação: *e.g.,* o negócio jurídico é nulo, por incapacidade do que manifestou a vontade e por ilicitude; anulável, por erro, por violência, por dolo, ou por fraude contra credores. Se é desfavorável uma decisão, passa-se ao exame da outra questão.

5. *O que* é *que se ataca com a ação de nulidade ou com a ação de anulação.* Discute-se na doutrina o que é que a ação de anulação *ataca. (O* mesmo raciocínio há de ser desenrolado a propósito da ação de nulidade, exceto quanto à eficácia, que, de regra, não há no negócio jurídica nulo.) Ora entendem os juristas que se vai contra a declaração de vontade, e é indisfarçável a cincada do Código Civil alemão, §§ 119 5.; ora, que é a relação jurídica que se pretende desconstituir; ora, que é o ato jurídico mesmo. O assunto exige certas precisões de conceito e de linguagem. Nulo, ou anulável, diz-se o ato jurídico, e não a manifestação de vontade (ou a comunicação de vontade, de conhecimento ou de sentimento), porque essa é elemento volitivo do suporte fático; portanto, algo antes de haver ato jurídico. Relação jurídica é a relação imediata ou mediata, que se estabeleceu com a incidência da regra jurídica no suporte fático; portanto, algo *simultâneo* ou *depois* de haver negócio jurídico, ou ato jurídico, *stricto sensu.* Quando o suporte fático penetra, ao incidir sobre ele a regra jurídica, ao colori-lo, ao marcá-lo, no mundo jurídico, nasce o negócio jurídico *(* = juridiciza-se o suporte fático, o *negotium),* ou o ato jurídico *stricto sensu,* sem nada lhe faltar, ou faltando-lhe algo, gravemente ou menos gravemente. O que é nulo, ou anulável, é o ato jurídico, ainda quando, por exemplo, se trate de assentimento à manifestação de vontade, que não houve, por parte de representante legal. O défice está no 551

suporte fático; não se pode, todavia, falar de nulidade de suportes fáticos, ou de fatos. Os conceitos de nulo e de anulável concernem ao

ato jurídico; são conceitos que *graduam,* em depressão, o *jurídico.* Não há negócio nulo, nem anulável; há negócio jurídico nulo ou anulável. Não há ato humano nulo, ou anulável; há atos jurídicos *stricto sensu* nulos ou anuláveis. Os fatos, como fatos, foram, e não deixam de ser: *a)* não podemos atingi-los, porque *são* fora do mundo jurídico, onde não há reversibilidade do tempo (Facta *infecta fieri non possunt);* por conseguinte, não podem ser desconstituídos; *b)* nem poderíamos declará-los não ocorridos, porque seria falso, e não-seria digno do homem construir sistema jurídico com proposições mentirosas, ou permiti-las. Só a revogação é que tira *vox* ao suporte fático.

Erram também os que tudo põem no plano da eficácia: a nulidade e a anulabilidade não dizem respeito aos efeitos. Mais uma vez a confusão entre o ato jurídico e a sua irradiação de eficácia. O nulo e o anulável nem adjetivam suporte fático, nem efeitos; adjetivam negócios jurídicos. Não há lugar para o nulo e o anulável no mundo dos fatos puros ("físicos"; nem no plano da eficácia, embora já seja ele *dentro* do mundo jurídico. A nulidade e a anulabilidade ocorrem no mundo jurídico, para onde entraram suportes fáticos com défice grave, ou menos grave; porém o plano, em que ocorrem, é o do negócio jurídico mesmo ou do ato jurídico *strícto sensu:* ai é que está o plano da validade; anterior é o da existência; posterior, o da eficácia. Quando o negócio jurídico é unilateral, desconstituído ele, com a decretação da anulação, desconstituída fica a eficácia: aquela opera *ex tune;* e com a causa extingue-se o efeito. (A ida ao pretérito é possível, porque se está no mundo jurídico e a regra jurídica pode preferir o apagamento desde o inicio.) Nos negócios jurídicos plurilaterais, constituídos por dois ou mais negócios jurídicos, a anulação de um deles não implica, só por si, a anulação do outro; salvo se o outro negócio jurídico cai no vácuo, são de admitir-se casos em que outro negócio jurídico, tomando o lugar do anulado, componha o negócio plurilateral.

Se anulada foi a aceitação, a oferta perdura como era, com o seu teor e o seu prazo, se o tem; exceto se, ao pedir a anulação, o que aceitou, anulavelmente acrescentou que não aceitava. Alguns juristas, diante desse fato, dizem que tanto se pode pedir a anulação do negócio jurídico quanto da declaração de vontade *(e.g.,* A.

von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 301), o que envolve confusão entre os dois mundos, o mundo dos fatos da vida e do físico e o mundo jurídico, ao mesmo tempo que se ressente da concepção romana da oferta não-obrigatória *(* = não-negócio jurídico). Se, de um lado, há mais de duas pessoas, pode ser parcial, subjetivamente, a anulação, e subsistir, quanto à outra ou às outras, o negócio jurídico plurilateral.

Tratando-se de deliberação por votos, é princípio *a priori* (portanto, só suscetível de exceção em regra jurídica especial) que a anulação de votos que não altere o deliberado não atinge a deliberação como negócio jurídico plurilateral.

§ 366. Decretação da nulidade, de ofício, e irratificabilidade

1. *Conteúdo do art. 146, parágrafo único do Código Civil.* A nulidade é, hoje, a qualidade mais pejorativa, que pode ter o ato jurídico, por lhe faltar, no suporte fático, certo elemento de grande relevância, tornando -o deficitário, ou por haver presença de elemento que a tal ponto o corrói, como a não-observância da regra juridica sobre forma especial, ou a ilicitude do objeto. Mas é preciso, para que seja nulo o ato jurídico, que a invalidade se produza *ipso iure,* sem necessidade de "ação", salvo regra jurídica especial que, por algum fundamento à parte, exija a propositura da "ação" em processo próprio. As anulabilidades, não; essas dependem, sempre, da propositura da ação, em processo próprio. Se a lei fala de nulidade, a visibilidade do vicio e a sua gravidade concorreram, de *iure condendo,* para que se concebesse a sanção como de nulidade, e não como de anulabilidade. O que alega a nulidade está diante de suporte fático, que entrou no mundo jurídico, mas profundamente comprometido. Por isso mesmo, o juiz, encontrando fatos que a provem, tem o dever de decretar a nulidade do ato jurídico. Desde que, com o exame dos fatos levados à cognição do juiz, pode ele discerni-la, viola a lei se não na pronuncia, — o que é assaz importante saber-se, para o cabimento de recursos, como, por exemplo, os recursos extraordinário e especial fundados na Constituição de 1988, arts.

102 e 105, III, a, *b* e *c.* A alegação da nulidade pode ser, portanto, *incidenter,* sempre que haja interesse em que se tenha por nulo o ato jurídico; e corre ao juiz o dever de desconstituir o ato jurídico que tão deficitariamente se constituiu. Quem alega a nulidade não pode renunciar à alegação; nem há renúncia, ainda em negócio jurídico bilateral, ao direito de alegação (pretensão constitutiva negativa). Porém, quando se diz que não existe ação de nulidade, por certo se confunde ação, de direito material, e "ação", processo, todavia nada impediria que se propusesse ação ordinária de nulidade, nos casos em que a lei não a exige, porque ao juiz tocaria, examinada a petição, ou depois, pronunciar a nulidade. Quando se diz que não é possível 551

extinguirem-se os efeitos do ato jurídico, pois que se não produziram, nem se produzem *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 281), desatende-se a que a ação não se dirige à extinção de efeitos, e sim à desconstituição do ato jurídico (plano de existência), e a que, não raro, os particulares e o próprio Estado *atribuem* efeitos a atos jurídicos nulos, o que torna indispensável a aplicação da lei pelo juiz. As ações de nulidade de testamento por insanidade do testador são o exemplo mais prestante.

Os princípios, que aí se exprimem, foram os que inspiraram o art. 146, parágrafo único, referindo-se às nulidades: "Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda a requerimento das partes." (Nada obsta a que alguém ceda o direito à alegação da nulidade, e há-se de entender que cedeu o direito de que nulamente se disporia; não se trataria, sempre, de procuração em causa própria.) Para se ter tal ação, basta que se atribuam efeitos ao ato jurídico a ponto de se ferir a esfera jurídica de alguém. Se o ato jurídico é nulo e foi em fraude contra credores, ou simulado, ou doloso, ou obtido sob coação, não há necessidade de se alegar o menos, que é a causa de anulabilidade, se se pode alegar o mais, que é a nulidade. Se prejudicado seria o credor, por se tratar de ato de disposição praticado pelo devedor, pode ir, na execução, contra o bem de que se dispôs (não houve efeitos de transferência) e, contra os embargos do terceiro, que pretenda haver adquirido o bem, argúir a nulidade. Se há nulidade, o credor falencial não precisa de propor ação de nulidade, — alega a nulidade, *incidenter.* Não há revogação de atos jurídicos nulos. A alegação de simulação, ou de fraude, na disputa entre credores, é ação anulatória, excepcionalmente sem rito ordinário; a alegação de nulidade, na disputa entre credores, éação de nulidade, ação, de regra, sem rito ordinário. A revogação por fraude, na falência, só se refere a atos jurídicos

"anuláveis".

A regra do art. 146, parágrafo único, V parte, sofre exceções; *e.g.:* no art. 222, que exige o rito ordinário às ações de nulidade de casamento; no art. 847 do Código Civil, que exige o rito ordinário, em se tratando de decretação de nulidade de hipoteca; e no art. 654 do Código de Processo Civil de 1939, que só admitia a decretação da nulidade da fundação, por ilicitude ou impossibilidade do objeto, citados os administradores, em ação ordinária diversamente do que se passa com o Código de 1973, que inseriu a "ação" entre os procedimentos

especiais de jurisdição voluntária (art. 1.204), sem óbice à sua remessa ao procedimento comum ordinário. Também as nulidades de patentes de invenção, modelo de utilidade, desenho ou modelo industrial quando sob o Decreto-Lei nº 7.903, de 27 de agosto de 1945, art. 86, e Código de Processo Civil de 1939, art. 335, somente podiam ser alegadas em ação ordinária; hoje rege as espécies a Lei nº 9.279

De 14 de maio de 1996, arts. 56-57 (ação de nulidade de patente) 118 (ação de nulidade de registro de desenho industrial) e 173-175(ação de nulidade de registro de marca).

2.

Insupribilidade, irratificabilídade. As nulidades são, segundo *art.146*, paragrafo único,2ª parte, insupriveis. Nem os figurantes podem ratificá-las, sem lhes pedir o suprimento. O Art. 208 admite a sanação da nulidade do casamento por incompetencia do juiz. O ato jurídico nulo é nulo para sempre , ainda que cesse a causa da nulidade: O direito do tempo marca-o. Se o legislador causa da nulidade: o ou válido, o que era pode tornar anulável, ou válido o que era nulo, depende do direito contitucional, e a solução do direito é negativa (Constituição de 1988, art. 5º , XXXVI).

§ 367. Insanabilidade do nulo

1. *Validação e Insanabilidade.* A validação, principalmente pela ratificação, sem a excepcional atuação de *Iex nova* retroativa, portanto com o suporte fático e a incidência da regra jurídica do tempo que o pôs, deficiente, no mundo jurídico, sé se justifica quanto aos atos jurídicos anuláveis, — não quanto aos atos jurídicos nulos.

O nulo é irratificável, como o é o inexistente; ratificação do nulo seria *contradictio* in *terminis.* Nos casos mesmos de regra jurídica nova, que diz ser válido o que era nulo, em verdade há incidência dessa lei nova no mesmo suporte fático, que a outra considerou deficiente e essa considera eficiente *(* = sem défice). Não é isso, está-se a ver, tornar válido, e sim fazer jurídico e válido. Com eficácia retroativa, se o sistema jurídico o permite àlei e essa o entende impor. Se, após essas considerações, examinamos qualquer regra jurídica que, a despeito de

se haver tido a espécie como de nulidade, permite a sanção, logo percebemos que o conceito de nulo não deixa de ser o de nulidade insanável e toda explicação da antinomia está na regra jurídica excepcional, e não naquela de que resultou classificar-se a espécie como de nulidade. Como (perguntar-se-á) 551

se há de explicar essa regra jurídica excepcional, se ela mesma diz que há sanação, na espécie, *apesar* da nulidade? (Naturalmente, não havemos de perder tempo com o art. 1.423 do Código Civil italiano que ousou pôr em lei a antinomia: o nulo não é suscetível de convalidação, se a lei não dispõe diversamente.) 2. *Pseudo-sanações do nulo.* Tem-se de começar pela eliminação das espécies que alguns juristas têm apontado como de sanação do nulo, sem no serem. Os negócios jurídicos sobre coisas futuras e sobre coisas alheias não são negócios jurídicos nulos; são negócios jurídicos com eficácia deficitária: a eficácia real prometida fica diferida, ou se prestam perdas e danos ao que foi promíssário. A aquisição pelo que havia de prestar não valida: eficaciza. Nem nulos, nem anuláveis são tais negócios jurídicos. Não há défice neles; há-o no que seria efeito deles. Nem se pode falar de sanção, se o que prometeu dispor adquire a coisa, ou, sendo alheia, se o dono dela adimple pelo que prometeu a prestação. Na espécie do condômino, que impõe servidão sobre o fundo comum, também de nulo, ou de anulável, não se há de falar: as manifestações de vontade dos condôminos vão-se juntando, sem que, a qualquer momento, se possa falar de constituição nula ou anulável (sem razão, A. Fedele, *La Invaiidità dei negozio giuridico,* 115): os elementos do suporte fático agregam-se, de um em um, ou unidos alguns permanecem, até que se complete o suporte fático. A nulidade supõe já existir o negócio jurídico. Aí, o negócio jurídico ainda não existe: o suporte f ático está em formação, pela complexidade subjetiva do negócio.

3.

Direito romano e sanação. O direito romano não admitia a *sanatória* do nulo, tanto mais quanto ao seu conceito de "nulo = inexistente" seria absurdo juntar-se qualquer conceito de sanação. Pretendeu-se que, para as doações e os testamentos nulos por vício de forma, tivesse havido sanação. O direito romano antigo não concebia a doação como negócio jurídico formal. Justiniano fê-lo formal, com *insinuatio;* havia a nulidade, no sentido romano, por certo; a chamada convalescença não-seria, ai, mais do que conversão da doação entre vivos em doação mortis *causa.* Tampouco, o testamento nulo por defeito de forma pedia

ser validado: a L. 16,

§ 1, C., de *testamentis, 6,* 23, não se refere a testamento nulo por defeito de forma, mas a vício do legado e do fideicomisso (depois, L. 1, § 2, C., *communia de legatis et Jideicommissis, 6,* 43). A solução da obrigação do legado ou do fideicomisso não fazia válido o legado nulo ou o fideicomisso nulo; apenas, tendo o herdeiro executado aquele, ou esse, cientemente, não poderia *repetir* (ao suporte fático da *condictio indebiti* faltaria o elemento da ignorância). No entanto, ainda reconhecido testamento nulo, podia ser levantada a questão da nulidade, pelo herdeiro. Nem se hão de interpretar a L. 8, D., de *hereditatis petitione,* 5, 3, e a L. 3, D., *de lege Cornelia de falsis,* 48, 10, como se fossem exceções à L. 210, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17

(Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest); nem no seria a cláusula codicilar, pela qual se fazia codicilar o que era testamentar (conversão!).

A alusão à sanatória do nulo por defeito de forma foi consequência da fusão de duas filosofias diferentes, uma das quais a da supremacia da substância, que chegou ao auge no direito canônico. No entanto, o direito intermédio repelia qualquer sanação do testamento nulo, a despeito da influência canônica. Nunca se chegou à cenfirmabilidade do nulo, sanando-se a nulidade. No direito costumeiro francês, sim, quanto ao testamento. O

Código Civil francês rejeitou a regra antinômica quanto ao testamento, e deixou-a quanto à doação (art.

1.340), se bem que a doutrina e a jurisprudência a estendessem àquele. O Código Civil italiano de 1865, art.

1.311, na esteira do Código albertino, adotou as duas; o vigente (art. 1.423) põe o princípio, e acrescenta que a lei pode admitir sanação, inserindo alhures as duas regras (arts. 590 e 799).

4. *Significação histórica do art. 208.* A espécie do art. 208 é reminiscência do desprezo, se não hostilidade, do velho direito canônico às formas. Hoje, tanto o Codex [uns Canonici (§§ 1.094 s.) quanto o direito evangélico (E. Friedberg, *Lehrbuch,* 6ª ed., 482 s., e 491, nota 25) reduziram a incompetência a *impedimentum impediens.*

A espécie do art. 211 apanha qualquer casamento anulável por defeito de idade ou outra incapacidade: há anulabilidade, e não nulidade. A ratificabilidade existiria (art. 148), ainda se se não houvesse incluído o art.

211. Dá-se o mesmo quanto ao art. 215.

O conceito de negócio jurídico nulo é ligado ao de insanabilidade; a sanatória do nulo é *contradictio in terminis,* dissemos. A espécie do art. 208 grita, no sistema jurídico; como outros resíduos de séculos modos, porém não de todo extintos em aíguns espíritos, ocasionalmente encarregados de redigir leis. A exigibilidade da ação ordinária (art. 222) para a decretação da nulidade do casamento, não; não nos causa ela tal perplexidade; porque, para a *aplicação* do direito objetivo, o Estado é livre para exigir esse ou aquele rito ou 551

forma, sem cair em *contradictio* in *terminis:* o conceito de nulidade nada tem de necessariamente ligado à decretabilidade de oficio; e pode haver, e há espécies, em que a cognição do magistrado, em processo regular, é necessária, ou, pelo menos, útil. É de lamentar-se que, a respeito, muitos juristas ainda estejam saturados de romanismo, ou em estado de confusão, devido aos dois conceitos, o romano de *nulIus* e o moderno de "nulo".

5.

Negócio jurídico referente a ato jurídico nulo. No terreno fático, o que tomou parte em negócio jurídico nulo pode *querer* dar-lhe eficácia. Bastaria cumpri-lo, conhecendo a nulidade (art. 965): não poderia repetir o que houvesse prestado. Se, porém, quer validá-lo, o direito está diante de pessoa que exerce a autonomia da vontade e tem de admitir no mundo jurídico esse suporte fático. Se lhe desse entrada como validação, corxvalidaçáo, ratificação, ou o que quer que se chame, criaria, no mundo jurídico, choque de conceitos (nulidade, ratificação-validação). O problema técnico faz-se menos problema sutil do que prcjblema de bom senso: se o nulo não se valida,e o que poderia negociar validamente quer que seja válido aquilo que antes quisera nulamente, nenhuma razão há para que, respeitados os princípios do sistema juridico, se dê entrada, no mundo jurídico, a esse novo suporte fático, porém como *outro* ato jurídico. Toda manifestação de vontade é manifestação no momento em que ocorre: é fato puro, do mundo dos fatos, e sujeito ao principio de irreversibilidade do tempo. Não se pode imprimir duas vezes na

mesma película fotográfica: luz entrou, luz desenhou as imagens do mor-nento. *Ou* o sistema jurídico reage contra o suporte fático, em cuja composição se metem (remissivamente) elementos do suporte fático que antes já entrara, nulamente, no mundo jurídico, e não há negar que tal atitude destoa do sentimento de liberdade, que é um dos sentimentos fundamentais do homem e está à base da evolução jurídica; *ou* o sistema jurídico recebe esse novo suporte fático. Nao pode recebê-lo como integrativo do negócio jurídico nulo, porque, por definição, nulo é o que não se pode sanar.

Recebeo como negócio jurídico novo. Novo é, e como novo irradia eficácia. Se essa eficácia há de abarcar o tempo entre o negócio jurídico nulo e o novo, ou entre a eficácia daquele e o novo, équestão que só se pode resolver como questão de interpretação do conteúdo do negócio jurídico novo. Ainda que remonte a algum daqueles momentos, a eficácia é *ex novo.* Não se pode falar de ratificação; *a fortiori,* de convalidação, ou sanação. O conteúdo do negócio jurídico novo é que é continente do conteúdo do outro: remete a ele, faz seu o que antes se manifestara. Para que houvesse convalidação do nulo, seria preciso que se pudesse abstrair do negócio jurídico novo, isto é, que o novo ato jurídico fosse como a ratificação do negócio jurídico anulável.

Tal como se precisaram os conceitos de inexistente, nulo e anulável, não é admissivel, desde a lógica, que se convalide o inexistente ou o nulo: ali, não há ser, sem validade, que se possa validar; aqui, há ser que se define exatamente como não-validável.

6.

Ato constitutivo negativo para a desconstituição do ato jurídico nulo. Uma vez que os negócios jurídicos nulos não se podem convalidar, é lógico que o seu estado inicial se prolongue para sempre, somente empurrado para a não-existência pela decisão, ou pelo ato dos figurantes, que ai é menos *contrarius consensus* do que reconhecimento sem se identificar com esse em sua espécie puramente declaratória, nem com aquele, em sua pura constitutividade negativa. Os sistemas jurídicos tratam a nulidade como pré-determinadora de ineficácia, sem que se negue a possibilidade de algum efeito, ligado, excepcionalmente, à existência e a despeito da *insanabilidade.*

A ineficácia abrange mais do que o nulo-ineficaz. A anulabilidade não impede a eficácia; é lógico que o anulável, irradiando efeitos, como

irradia, possa ser sanado, inclusive pela ratificação, que aí é integrativa.

Capitulo III

Nulidade Total e Anulação Total; Nulidade Parcial e Anulação Parcial

§ 368. Nulidade total e nulidade parcial

1. *O que a nulidade atinge.* A nulidade concerne ao ato jurídico. O ato jurídico é que é nulo. Quando se diz crédito nulo" "obrigação nula", em verdade se usa de elipse: "crédito oriundo de ato jurídico nulo (ou de parte nula de ato jurídico)", "obrigação oriunda de ato jurídico nulo (ou de parte nula de ato jurídico)". Crédito e 551

obrigação são efeitos; efeitos são ou não são, existem ou não existem; efeitos não são válidos, nem inválidos.

Os juristas romanos podiam falar de *obligatio nulla,* porque se punham no plano da existência; nós, nos sistemas jurídicos que distinguem o ato jurídico inexistente (não-ato jurídico) e o nulo, não podemos empregar

"obrigação nula" senão elipticamente. O que é nulo éo negócio jurídico, não a obrigação. Por outro lado, há obrigações que derivam de atos-fatos juridicos, de atos ilícitos, de fatos jurídicos e de fatos Gurídicos) ilícitos, e nunca se poderia, ainda elípticamente, falar de obrigação nula.

De ordinário, a nulidade atinge o todo do ato jurídico. Pode ocorrer que não no atinja em toda a sua extensão objetiva ou subjetiva, e temos, então, a nulidade parcial.

2. **N** *ulidade total.* Se há, enfeixados, dois ou mais atos jurídicos, ou com pluralidade de figurantes de cada lado, ou de um só lado, ou sem pluralidade a nulidade de cada um deles não se contagia aos outros: uns podem valer, sem que o outro ou os outros valham. A nulidade de qualquer um, no seu todo, é nulidade total, e não parcial.

§ 369. Nulidade e anulação parcial

1. *Conceito de nulidade parcial.* A nulidade pode ser concernente só à parte do ato jurídico, se é separável, ou em relação a algum dos figurantes, ou a algum dos objetos ou partes do objeto, ou àforma de certa parte. Não se pode pensar em nulidade parcial, sem se pensar em negócio jurídico complexo. Todas as causas de nulidade são possíveis causas de nulidade parcial. Se a parte nula é essencial a todo o negócio jurídico, nulo é todo ele.

Não há contrato, se é nula a oferta, ou se é nula a aceitação. A inseparabilidade resulta da natureza do negócio jurídico ou do ato jurídico *stricto sensu,* ou da subordinação do todo à parte nula, no caso de saberem os que manifestaram a vontade, ou de o saber o que a manifestou, que seria nula a parte. Isto é: qual teria sido a conduta deles, ou dele, quanto ao resto. Certo, quem quis o ato jurídico o quis todo, mas as circunstâncias podem mostrar que se quis o resto, ainda sem a parte. Assim se chega à discriminação do suporte fático em mínimo que seria de admitir-se *(=* desejar-se) e máximo que seria atingível pela nulidade sem que se excluisse o resto. O ônus da prova incumbe a quem afirma não estar prejudicado o resto; mas só após ter alegado e provado o outro interessado que há parte nula. Se esse mesmo circunscreve a alegação à nulidade parcial, o que sustenta a validade do resto está eximido do ônus de alegar e provar Em todo o caso, o juiz pode decretar, de oficio, a nulidade, para além do alegado; ou só julgar provada a nulidade de parte separável. A exigência da alegação só concerne à anulabilidade; quanto à nulidade, somente a regra jurídica especial pode excluir a decretação de ofício. Donde se conclui que a diferença é *a priori* e se prende aos dois conceitos de nulidade e de anulabilidade. No mesmo negócio jurídico, é de ocorrer que uma parte seja nula, e outra, anulável. Então, se separáveis, cada uma se rege por seus princípios próprios. Se há três partes e uma delas nem é nula, nem anulável, a separabilidade permite que a terceira fique a coberto pela regra *Utile per mutile non vitiatur.*

2.

Direito romano e direito contemporâneo. Há, porém, certa diferença entre o princípio do direito comum, baseado na L. 1, § 5, D., de *verborum obligationibus,* 45, 1 *(nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodam modo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc mutilem)* e o do Código Civil alemão, ***§*** 139: ali,

as circunstâncias haveriam de ser alegadas e provadas, que mostrassem haver a contagiação; aqui, o que se tem de alegar e provar é a não-contagíação. Pondo-se de parte a decretabilidade de ofício, há interesse prático em se assentar qual a concepção do nosso direito. O princípio primeiro, que está implicito no art. 153, é o da contagiação: o art. 153 cria exceções, conforme foi antes exposto. Tal princípio resulta da *unidade* do ato jurídico, a despeito da sua complexidade; as exceções emanam dessa complexidade, quando se afrouxa o laço interno a ponto de se terem por separáveis partes dele.

Por isso mesmo, se há *pluralidade* de atos jurídicos, o principio primeiro é o *princípio da não-contagíação* e só a excepcionalidade da dependência intima entre eles, ou partes deles, permite que se abra brecha ao principio. Quando, por exemplo, se diz que é nulo o negócio jurídico, em que uma das pessoas figurantes é menor de dezesseis anos, e por ele foi vendida casa em que cada pessoa tinha parte indivisa, primeiro se há entender que é nulo todo ele, e não só na parte do menor, cabendo ao adquirente alegar e provar a validade do negócio jurídico no tocante às partes não alienadas pelo menor A solução do direito comum — lógica, no sistema que ele adotara — seria a nulidade só da parte do negócio jurídico concernente ao menor, salvo aos interessados a alegação e prova da contagiação. O art. 1.176 (cp. Código Civil argentino, arts. 1.830-1.832; 551

uruguaio, art. 1.626, 1ª alínea) é exceção ao *art.* 153.

Aliás, o pensamento que se traduziu no ***§*** 139 do Código Civil alemão já se havia revelado no art. 1.039, 2ª parte, do Código Civil argentino: "La nulidad parcial de una disposición en el acto no perjudica á las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables." Proveio do art. 803, 1) e 2ª. partes, do *Esbôço* de Teixeira de Freitas, como das 2ª e 3ª partes o art. 159 do Código Civil brasileiro.

3. *Separabílídade das partes.* Se a nulidade ou a anulação éreferente à incapacidade de algum, ou alguns figurantes (art. 145, 1), tem o juiz de verificar se o objeto do ato jurídico permitiria que se separassem as partes dele, correspondentes aos diferentes figurantes. Somente após a resposta quanto à possibilidade da separação, é que se há de inquirir do que quiseram as pessoas, e se teriam querido o mesmo, se soubessem que a parte ou partes do ato jurídico seriam tidas por nulas. Naturalmente, já se não cogita da pessoa ou das pessoas que deram causa à nulidade. A mesma atitude se deve assumir em face das

outras nulidades: se proveio de infração de regra jurídica sobre forma, ou se ilícito ou impossivel o objeto, ou se foi preterida alguma solenidade, que a lei considere essencial à sua validade, ou se há regra jurídica especial sobre a nulidade (art.

145, ll-V). O juiz pode decretar, de oficio, a nulidade que não foi alegada: decreta-a, quanto ao todo, ou quanto à parte do negócio jurídico; e deferir o pedido de decretação da nulidade total ou só parcial, ou só quanto à parte do pedido, mas, uma vez decretada, qualquer alegação contra a decisão (e.g., em agravo retido nos autos ou por instrumento) tem de ser pelo interessado na validade de parte ou de partes. Decidindo de uma vez, o juiz deve partir, no exame, de que o ato jurídico é todo nulo, e só após apreciar a alegação de ser válido; ainda se vai decidir de ofício, pela razão de não *ir* além do que deve ser a sua função de decretar nulidade.

4.

Autonomia da vontade (auto-regramento) e separação de partes. Os figurantes do negócio jurídico, no que fica à sua autonomia da vontade, manifestam o que querem; de modo que érespeitar-se a realidade da vida *a)* entender-se que se *quis* todo o negócio jurídico, pois que não se entabularam dois ou mais negócios jurídicos (unidade), embora haja complexidade, e *b)* admitir-se que haja casos em que o manifestante, nos negócios jurídicos unilaterais, ou os manifestantes da vontade, nos negócios jurídicos plurilaterais, *quiseram* de tal maneira que, ainda se certa parte ou certas partes fossem sacrificadas, *quereriam* o resto. Quem quis a doação com *modus,* ainda que seja nulo esse, quis doar; salvo se o modo ou encargo foi concebido como principal, o que já seria exceção à exceção. A sociedade entre A, B e C, em que C não é o sócio que traz à sociedade o objeto de exploração, vale, ainda que nula a parte do negócio jurídico com C. Nos negócios jurídicos, em que há solidariedade, ou fiança, ou outra garantia, a parte referente a um dos devedores é separada das outras (cp. art. 153, 2ª parte), razão por que a regra jurídica do art. 153, 2ª parte, estaria no sistema jurídico, ainda que não tivesse sido escrita. Se uma das obrigações alternativas assenta em parte nula do negócio jurídico, a outra subsiste (arts. 885 e 888). A ignorância dos vícios redibitórios pelo alienante não o exime da responsabilidade, salvo cláusula expressa no contrato (art. 1.102); porém a cláusula não exclui a responsabilidade, se o alienante os conhecia. A cláusula de não responder por vícios que o alienante conhece é nula, *ex argumento* do art. 1.102; sem que se dê

contagiação. Ocorre o mesmo a respeito do *pactum de evictiane non praestanda,* se o evicto não soube do risco da evicção, ou, dele informado, o não assumiu (art.

1.108). É nula a cláusula que suprime ou reduz a obrigação do empreiteiro pelo vício da obra, se conhecia o vicio (arg. ao art. 1.102).

5.

O art. 153 e os atos de disposição. Quanto aos atos *de disposição,* o art. 153 não incide; precisa-se reivindicar a coisa, pois a disposição tem de ser desfeita pela restituição. A sentença, por exemplo, quanto à nulidade do contrato de venda e compra somente desconstitui esse contrato: não vai à disposição, que foi cumprimento. Razão por que se há de pedir a restituição. O juiz que determinasse a volta da coisa entregue, sem ter sido pedida, julgaria *ultra petita:* em ação çonstitutiva negativa, executaria.

6.

Independência entre si das disposições de última vontade. As disposições de última vontade são independentes entre si, porém não do testamento mesmo, que, uma vez nulo, apanha todo o seu conteúdo de disposições. Nem se há de entender que é primeiro princípio o da não-contagiação, se se trata da mesma disposição, embora composta de partes separáveis. Só se há duas ou mais disposições é que se entendem independentes, devido à pluralidade; mas, ainda aí, pode ocorrer a dependência excepcional. A excepcionalidade resulta de ter o testador querido a dependência (= não teria disposto A, se tivesse sabido que 551

a disposição B seria nula). A deserdação em testamento posterior, que não revogou todo o anterior, no tocante à porção testável, se prevalece (art. 1.743), implica a revogação dos legados ao deserdado, constantes do anterior testamento. Se não prevalece, os legados têm de ser pagos, se o testador *errara* quanto à causa de deserdar. *Aliter,* se revogou explicitamente os legados e deserdou, porque, então, só prevalece a legítima.

§ 370. Pressupostos do Código Civil, art. 153, 1ª parte

(incontagiação) 1.

Existência do ato *jurídico, complexidade, separabilidade* das *partes.* O art. 153, 1ª parte, pressupõe: a) a existência de ato jurídico único; *b)* a complexidade do ato jurídico, quer subjetiva, quer objetiva, quer de elementos volitivos, cognitivos ou de sentimento; e) a separabilidade das partes" do ato jurídico, sem que seja ele, com isso, tornado imprestável (= *mutile).* Se ato jurídico não existe, ou não existe parte dele, não se precisa invocar princípio excepcional de separabilidade: o que existe não depende do que não existe. Por isso mesmo, se há regra jurídica que diz "Considera-se não escrita a cláusula , essa regra, e não o art. 153, 1ª parte, é que se há de invocar. O art. 153, 1) parte, dá ensejo à defesa (parcial) na ação constitutiva negativa; ao passo que a regra jurídica sobre se ter por não-escrita a cláusula équestão prejudicial, declarativa negativa, quer na ação de constituição negativa, quer na de declaração positiva, quer em qualquer outra. Se ato jurídico existe, mas, em verdade, há dois ou mais atos jurídicos, não há unidade, embora haja complexidade, e pois não há o problema de técnica legislativa, a que o art. 153 1ª parte, veio dar solução.

No direito comum, tinha-se a queda da condição, nos atos jurídicos entre vivos, como contaminante do próprio ato jurídico, portanto como inseparável; nos atos jurídicos de última vontade, como não-escrita, isto é, separada. O art. 116 dá-nos solução própria, a respeito do qual é preciso notar-se que não se refere só à nulidade, mas, também, à anulação. Por analogia, a ineficácia trata-se com o princípio da não-contagiação: o ato jurídico éineficaz, de todo, se a ineficácia, que concerne à parte do ato jurídico, é tal que ele não pode subsistir sendo ineficaz a parte (E. Natter, *Die teilweise Nichtigkeit,* 25). Exatamente por isso existem ineficácias relativas.

2.

Complexidade das "partes". Não é preciso que as „partes" sejam do mesmo tipo de negócios jurídicos ou atos jurídicos *stricto* sensu, inclusive pode tratar-se de partes de negócios jurídicos, ou de atos jurídicos *stricto* sensu de ramos diferentes do direito, a) Se há acordo sobre o lugar de execução e para um dos contraentes énulo, a cláusula não é nula para o outro. b) Palavras, números e outros sinais não se têm como

"partes, no sentido do art. 153, nem do princípio primeiro de contagiação (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 251).

e) Se há duas ou mais pessoas, de um lado, ou do outro, cumpre saber-se se há negócio jurídico único, ou se há pluralidade de negócios jurídicos. Na primeira espécie, o princípio geral é a de contagiação, a que o art. 153

cria exceção; na segunda, princípio geral é o da independência ou não-contagiação, com a exceção para os casos de dependência *ex vi* legis ou de origem negocial. A doutrina e a jurisprudência alemãs tiveram aí um dos seus mais lamentáveis enganos. *d)* Se o manifestante ou os manifestantes da vontade sabiam que parte do negócio jurídico seria nula, falta vontade para o negócio jurídico, e a parte, não atingida, se separável, não precisa de invocação do art. 153 (cp. G. Planck, *Kornmentar,* 4ª ed., 372; equivoco, A. von Tuhr, *Der Aligerneine Teil,* 1, 372, nota 33, que parece ter querido a não-existência do negócio jurídico todo, sem razão).

O princípio da contagiação supõe que todas as partes tenham sido queridas. Por isso mesmo, se uma parte é aparente, ou simulada, só a outra ou as outras foram queridas e valem por si (O. Warneyer, *Romnaentar,* 1, 252).

3. Negócios *jurídicos unidos e atos jurídicos* stricto sensu *unidos.* O art. 153 nada tem com os negócios jurídicos *unidos* e com os atos jurídicos *stricto sensu,* em união, (com dependência unilateral, ou bilateral, ou com alternativa); a *fortiori,* se apenas externa a união. Se há, ou não, dependência, ou alternação, e questão de interpretação, que tem de descer à verificação da sorte dos atos juridicos, de que se trata, ou da união. Não há, no plano das regras jurídicas, princípio da contagiação ou da não-contagiação excepciona!. Definida a dependência, ou a alternação, está definida a sorte dos negócios jurídicos. Nem é científico dizer-se que, nas espécies de união, existe sempre inseparabilidade internegocial, nem afirmar-se o contrário; ainda em se tratando de atos jurídicos *stricto* sensu.

4.

Resolução por inadimplemento e o *art. 153.* Em casos de resolução por inadimplemento (art. 1.092, parágrafo único), a separabilidade das

partes exerce papel semelhante àquele que o art. 153 atribui à validade do separável. Mas é erro, de que não se livrou a jurisprudência alemã, com a acolhida de O. Warneyer *(Komrnentcr,* 1, 253), invocarem-se o principio geral a respeito de contágio da nulidade e o art. 153.

Certamente, a resolução apanha todo o negócio jurídico, salvo separabilidade, o que faz coincidirem dois princípios gerais e duas regras jurídicas de exceção; porém isso não pode ser resultado de interpretação do art.

153.

§ 371. O art. 153 e os negócios jurídicos unitários

1.

Impossibilidade parcial, originária, do prestação. Pretendeu-se que aos negócios juridicos unitários se estende o art. 153 (principio da não-contagiação ao separável). Essa aventura de L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 515), que Hans Cari Nipperdey (1, § 189, texto e nota 19) manteve, foi repelida pela jurisprudência (Reichsgericht, 79, 439; 82, 124; 93, 338), com toda a razão. Os exemplos, que deu, foram o de impossibilidade de parte da prestação prometida, e o da proibição legal de parte dela. Grita a confusão, em que incorre, entre *nulidade* ou anulação de partes do negócio jurídico *e impossibilidade originária* de parte da prestação. O texto da L. 57, § 1, D., de *contrahenda emptione,* 18, 1, supunha a *condictío,* de que se fala na L.

57, *pr. (solutorn condici posse aiunt);* não haveria venda a!guma, toda a prestação se perdeu, o comprador o ignorava e o vendedor o sabia; ou a subsistência da venda, com restituição do correspondente ao que se deixou de prestar. Não se cogitou de nulidade parcial, a despeito do que escreveram Th. Mommsen e B. Windscheid; nem de não-contágio. A nulidade é do negócio jurídico, ou não há nulidade: parte de prestação não e“~ parte” do negócio jurídico. Não se tem de invocar o art. 153: se se pagou, pois que o negócio jurídico vale, invoca-se a *condictio;* se não se pagou, o negócio juridico vale, e cabe a reclamação do abatimento, se o devedor não conhecia a impossibilidade de parte da prestação, ou a reclamação do abatimento, mais o interesse negativo.

Tudo que fora disso se escreveu sobre impossibilidade originária parcial foi criação de pandectistas e remissão dos civilistas alemães, desnecessária, ao § 139 do Código Civil alemão (cf. § 307, alinea 2ª). O contrato que, a despeito da impossibilidade parcial, vale, vale todo, e não em parte.

2. *Ilicitude de parte da presta* ção. Se parte da prestação é contra o direito (ilícita), o negócio jurídico unitário é nulo. O problema mais delicado é o da locação de prêdios, se a autorização judicial ou o assentimento foi para x anos e o contrato se fez para x + 1 anos: a afirmativa da incidência do art. 153 foi adotada por L.

Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 518); mas sem razão: o principio da contaminação é que domina; o princípio excepcional (art. 153, V parte) é de repelir-se (G. Planck, Kommentar, 1, 372).

3. Onus *de alegar e provar.* Tem o ônus de alegar *e* provar a nulidade parcial aquele que tem interesse na nulidade parcial; de alegar e provar a validade (= nâo-contá9io), o que tem interesse na validade da parte (O.

Warneyer, *Kommentar,* 1, 254). Se algum dos interessados entende que se trata de pluralidade de negócios juridicos, essa alegação e a prova disso lhe incumbem.

Estabelecido que há pluralidade de negócios jurídicos com união, o ônus da prova da contagiação vai a quem a alega. Se, em vez disso, se assenta que o negócio jurídico é único, o ônus da prova vai ao que alega a não-contagiação. A coisa julgada sobre a pluralidade ou unidade é ponto prejudicial; e impõe-se aos juizes, formal e materialmente, para a posição dos princípios geral e excepcional.

§ 372. Obrigações principais e obrigações acessórias

1.

Leitura do *art. 153, 2ª parte.* No art. 153, 2ª parte, estatuise: "A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal." O princípio é incluso no de contagiação, excetuando-se, porém, para as obrigações principais. As duas regras jurídicas são *tus* disposi-551

tivum: os contraentes podem estabelecer, por exemplo, que, nula a obrigação principal, nula não seja a fiança; ou que, nula a fiança, a obrigação principal seja atingida. Não há obrigações nulas, de modo que se trata de elipse. Leia-se o art. 153, 2ª parte, como se estivesse escrito: "A nulidade de parte do ato jurídico de que provém obrigação principal compreende a obrigação acessória, porém não vice-versa." 2.

Lei sobre juros acima da taxa legal. A lei (Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, art. 1ª) estabelece que "é vedado e punido nos termos" da lei "estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal". Não é por invocação do art. 153 que se reduzem tais juros ao máximo da lei; é para se atender à regra jurídica cogente, sem se aplicar o art. 11 que foi interpretado como não-abrangente da espécie dos juros e das multas convencionais: "O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais. Revelou-se regra jurídica; não se interpretou o art. 153. Não assim, na espécie do art. 156, § 2ª, da Constituição.

3.

Pluralidade de prestações. Quando o negócio jurídico, único, contém pluralidade de prestações, cada uma delas é correspondente à "parte" do negócio jurídico, no sentido do art. 153. Outrossim, quando são duas ou mais as pessoas: o que toca a cada uma e"" parte", razão por que cada uma pode exercer a exceção de inadimplemento, até se satisfazer a contraprestação (art. 1.092); mas o direito de resolução e a ação redibitória só conjuntamente podem ser exercidos (arts. 1.092, parágrafo único, 1.101-1.106; *aliter,* quanto a exigir, art.

892), bem como a diminuição parcial originária, inclusive quanto ao importe (parte em quantidade).

§ 373. Se existe invalidade subjetivamente relativa

1.

Posição do *problema.* Muito se tem discutido se existem nulidade relativa quanto a pessoas e anulabilidade relativa quanto a pessoas. Mas há três problemas, distintíssimos, que se baralham, com grave prejuízo para o trato científico da questão: *a)* a questão de existirem nulidades e anulabilidades que somente podem ser argflidas por alguma ou algumas pessoas; *b)* a questão de existirem, à parte dos atos jurídicos nulos e anuláveis, atos jurídicos de eficácia relativa, dando ensejo à ineficácia relativa, que muitos confundem com as chamadas nulidade relativa e anulabilidade relativa; *c)* a questão de existir nulidade, ou anulabilidade, que, decretada, não opera *erga omnes,* mas só relativamente a alguma ou algumas pessoas, de ordinário as partes. O

problema, que temos, aqui, de versar, é esse. Quanto ao primeiro problema, as anulabilidades são, naquele sentido, relativas; e o art. 208 criou nulidade que somente algumas pessoas podem alegar Quanto ao segundo problema, é inegável (e insistiremos no assunto) que a ineficácia relativa de modo nenhum se identifica com a nulidade subjetivamente parcial (se existe), ou a anulabilidade subjetivamente parcial. Temos, pois, diante de nós tão~só o problema c): ~existe ação de nulidade, ou de anulação, que, trânsita em julgado a sentença, resulte em nulidade ou anulabilidade somente *entre* algumas pessoas, ou *a respeito* de alguma pessoa? Desde que se postule que, após a sentença, quer se trate de nulidade, quer de anulação, *nada* fica do ato jurídico, salvo incidência do art. 153, que nada tem com o problema, falar-se de nulidade subjetivamente relativa ou de anulação subjetivamente relativa é contra-senso. Tratando-se, por exemplo, de anulação do ato jurídico entre A e C, promovida por E, por fraude contra credores, falar-se de anulação relativa é não se ver que o ato jurídico perde, com o trânsito em julgado da sentença, todos os efeitos. Mais ressalta, ainda, a impropriedade quando se julga que o ato jurídico cai na classe dos atos jurídicos de que fala o art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, ou o art. 110 do Código Civil: a sentença, a propósito disso, é declarativa, e não constitutiva negativa. Estar-se-ia a falar, no plano da ineficácia dos fatos jurídicos, com termos do plano da validade. Os escritores franceses e italianos e tradutores italianos e sul-americanos têm concorrido, gravemente, para o obscurecimento do problema por parte do público, porque lêem "nulidade relativa" onde os juristas alemães escreveram "ineficácia relativa", principalmente a respeito do § 135 do Código Civil alemão *(e.g.,* a trart. argentina de A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 1, 90, onde se diz estar afetado de

"nulidade relativa", em vez do que escreveu o autor: *relatio unwirksani* sem, o que é mais trair do que traduzir). Quando se estava a aprofundar o assunto, no direito comum, aludiu-se à nulidade relativa, mas cedo se viu a impropriedade do termo. Já no começo do século passado, energicamente foi combatido o erro (Brandis, Uber absolute und relative Nichtigkeit, *Zeitsch rift fOr Zivi lrech* t *u nd Prozessrecht,* VII, 121, nota 1; depois: 1□. Art. von Vangerow, *Lehrbuch,* 1, 7ª ed., 397; E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 428), e repelido o conceito de nulidade relativa, tal como pretendiam alguns.

2.

Anulabilidade e *eficácia sentencia!.* Antes de passar em julgado a sentença que decreta a anulação, o ato jurídico existe e irradia efeitos. A legitimação ativa, para a ação anulatória, nada tem com a eficácia da 551

sentença que decrete a anulação. Trânsita em julgado a sentença, o que foi desconstituido (todo ou parte do ato jurídico, art. 153) deixa de ser, ex *tunc.* Não há pensar-se em que subsista algum efeito, pois a fonte deles estancou para sempre. Nem, sequer, poderia ser ratificado. O que se prestasse para adimplemento seria ligado a ato jurídico novo, embora superponível, em todos os elementos (menos tempo), ao outro. O conceito de invalidade relativa (= eficácia não *erga omnes* da sentença) éincompatível com o conceito de invalidade. Se o ato jurídico éinválido algum pressuposto de validade lhe falta. No art. 153, o ato jurídico não é relativamente nulo ou anulado; o que é nulo ou anulado é a *parte* do negócio, pois que separável dele. Falar-se, aí, de ato jurídico parcialmente nulo, ou anulado, somente tem o sentido de alusão a ato jurídico a que uma ou algumas de cujas partes foi desconstituida (E. Natter, Die *teilweise Nichtigkeit,* 24). A ineficácia relativa é conceito inconfundível com a nulidade relativa, ou anulabilidade relativa, no sentido de somente suscitável, por alguma ou algumas pessoas, a decretação. No sentido de nulidade ou anulabilidade cuja decretação só tenha efeito para alguns, ou alguém, não existe nulidade relativa, ou anulabilidade relativa.

Capitulo IV

Conversão

§ 374. Natureza da conversão

1.

Complexidade do suporte fático e pluralidade de atos possíveis. Pode dar-se, conforme foi dito, que o mesmo complexo de elementos sirva à composição de dois ou mais suportes fáticos. Então, entre os que estariam deficitários (nulos ou anuláveis seriam os negócios jurídicos) e o que seria assaz para a constituição de ato jurídico válido, há de se preferir a esse. E o *princípio da convertibilidade,* segundo o qual, na determinação das categorias jurídicas, se atende ao mínimo suficiente e, na interpretação da vontade negocial, se lhe salva o máximo possível. Nesse salvamento, de certo modo se deixa de atender a *parte* de vontade; pois que, compondo-se o negócio jurídico suficiente, se afasta a vontade manifestada, naquilo em que se *quis* o negócio jurídico nulo. Nao se pode dizer que se abstraia da vontade; abstrai-se de parte dela, exatamente para se lhe reter o máximo possível. Dá-se algo de parecido, em operação, com o que se passa com a não-contagiação, em caso de negócio jurídico parcialmente nulo: procurando-se o mínimo suficiente, para se salvar o máximo possível de vontade, em verdade leva-se em consideração a vontade que *teria* sido manifestada, se o manifestante, nos negócios jurídicos unilaterais, ou os manifestantes, nos negócios jurídicos plurilaterais, *houvessem* conhecido a sorte do resto do que queriam. Porém forremo-nos de assertar que a conversão só se refere ao elemento volitívo do suporte fático, atingido pela nulidade. A nulidade pode ser quanto à forma do negócio juridico, que se quis com *toda* a vontade; e a conversão aproveita essa vontade no que enche negócio jurídico para o qual o elemento de forma bastaria ao suporte fático. A nulidade pode ser quanto à capacidade de um ou de mais de um dos figurantes; e então a conversão aproveita aquilo que ele ou eles poderiam ter querido. A nulidade pode ser quanto a algum outro elemento (= "requisito", art. 145, V), que a lei repute essencial à validade do negócio jurídico; e a conversão há de consistir em se selecionar suporte fático que baste à

constituição de negócio jurídico que prescinda desse elemento.

A *conversão* é o aproveitamento do suporte fático, que não bastou a um negócio jurídico, razão da sua nulidade, ou anulabilidade, para outro negócio jurídico, ao qual é suficiente. Para isso, é preciso que concorram o pressuposto objetivo dessa suficiência e o pressuposto subjetivo de corresponder à vontade dos figurantes a conversão, *se houvessem conhecido a nulidade, ou a anulabilidade.*

O

elemento volitivo, nos negócios jurídicos e nos atos jurídicos *stricto sensu* em que a manifestação de vontade é o que mais importa, dirige-se à constituição de certa espécie de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensu,* a que pode substituir, tirar ou aumentar algum ou alguns efeitos. No querer-se o ato jurídico A, e não outro, já se quis *a,* o efeito que lhe é inseparável, como conseqüência jurídica, e já se quis o que se haveria de entender querido, *d,* se o contrário não se manifestou, e b, que se manifestou querer.

Querendo-se A, quis-se *a;* querendo-se *a,* quis-se A, ou o que também produza o efeito *a* (por exemplo, A‟, ou B). Assim, pode ter-se querido *ad,* que entre no mundo jurídico como elemento volitivo do ato jurídico A, ou 551

do ato jurídico A‟; ou ter-se querido *adb,* que serve à constituição de dois ou tres suportes fáticos diferentes (A, ou A‟, ou B). Ainda há a hipótese de servir a D, que tem por elemento inseparável *d,* acontecendo que é efeito de A ou de B, se o contrário não foi manifestado (= *d* é elemento necessário de D, mas só intervém em A ou B, por força de regra jurídica dispositiva).

Se nenhum ato jurídico se produziu, não há pensar-se em conversão. O que é preciso é que se tenha produzido ato jurídico nulo ou anulável, e outro se possa ter como produzido, que válido seja. Também a respeito do instituto da conversão é preciso precaver-se o jurista contra o imperdoável anacronismo de se ter o ato jurídico nulo como ato inexistente, romanismo superado nos tempos modernos, filosófica e tecnicamente (H. A. Voss, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts,* 31 s.). Não se poderia chegar à claridade da concepção da conversão, no direito comum, ainda se achando em estado caótico (da expressão usou L.

Jacobi, Die fehlerhaften Rechtsgeschãfte, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 86, 51 s.) a teoria da invalidade. O nulo é como a criança que nasceu viva sem poder, em situação normal, viver; não como a criança que veio à luz já morta. Por isso mesmo, é possível pensar-se em que viva, em outra situação, artificial ou excepcional. A técnica da conversão parte de tal raciocínio. E preciso que haja ato jurídico, embora nulo, ou anulável. Se foi querido *adb,* pensando-se no ato jurídico A, e A *seria* nulo, foi querido, implicitamente, A‟, ou B ou D, que é válido, porque *adb* compõe o suporte fático de A‟, B, ou D, como estaria no de A. O que se converte é o ato jurídico; não a manifestação de vontade. Se não há nulidade, ou anulabilidade de ato jurídico, não há pensar-se em conversão; se o ato jurídico é válido, mas ineficaz, nada se pode invocar dos princípios da conversão (H. A. Voss, *Die Konversion des Rechtsgeschâfts,* 43). O que pode ocorrer nada tem com esse instituto: é a *pós-eficacização (e.g.,* art. 622). Se, devido a invalidade, não resta nada do querido, não cabe a conversão: converter é pôr noutra figura jurídica o que não poderia encher, validamente, a figura jurídica preterida; portanto, é preciso, para a conversão, que haja o que se verta.

A conversão ordinariamente se refere a negócios jurídicos. Pode dar-se, também, quanto a atos jurídicos *stricto sensu* e a atos das autoridades públicas. Se o que foi declarado incapaz por loucura era menor e a sentença de interdição foi reformada, o curador tem-se como tutor, se bem que a nomeação fosse para curatela, uma vez que não havia titular do pátrio poder, nem tutor (cf. H. A. Voss, *Die Konversion des Rechtsgeschãfts,* 41 s).Tampouco, há distínguírem-se os negócios jurídicos bilaterais e os unilaterais, os entre-vivos ou os a causa de morte.

2. *Fundamento da conversão.* O fundamento da conversão está em que, nas relações da vida, mais se há de atender aos propósitos de cada um, econômicos ou não, do que à coincidência entre *tudo* que se quis e a regra jurídica em que se pensou, querendo-se determinada categoria jurídica. Mais à vida que à rigidez das normas em que se atentara, explicitamente, ou, apenas, implicitamente, pela pré-escolha do negócio jurídico. Com isso, não se sacrificam normas, não se tornam menos incidentes do que deviam ser certas regras jurídicas: há a incidência da regra jurídica que faz negócio jurídico válido o que corresponde aos elementos fáticos que integram o mínimo de vontade que a deixaria de pé. Se não há negócio jurídico válido a que baste esse mínimo, a vontade não se pode salvar: não há vontade para

negócio jurídico em que se converta o suporte fático; há, apenas, a vontade para o negócio jurídico inválido. Por onde se vê que não há a incidência de uma regra jurídica *contra* outra. A regra jurídica que dá entrada a suporte fático de negócio jurídico válido *incide;* a outra não incide: o próprio sistema jurídico possui *princípio de con vertibilidade* segundo o qual, entre duas ou mais regras jurídicas, uma das quais permite que o negócio jurídico resultante da sua incidência valha e a outra ou outras só o fariam nulos, só aquela incide. O juiz tem de raciocinar como se estivesse *antes* da incidência e a sua análise do suporte fático se fizesse para saber qual a regra jurídica que iria incidir. A conversão é operação de aplicação da lei que incidiu, e não operação de escolha entre negócios jurídicos. A regra jurídica, em que explícita ou implicitamente se pensou, não foi a que incidiu, porque o sistema jurídico possui *outra* regra jurídica: "Se há duas ou mais regras jurídicas, uma das quais daria ensejo a negócio jurídico válido, respeitado o mínimo de vontade e salvo o máximo, *incide* essa, e não a outra, ou as outras." É a definição mesma do *princípio da convertibilidade.* Quando se escreve, por exemplo, que a conversão supoe negocio jurídico nulo (A. von Tuhr, Der *Allgemeine Teil,* II, 288), usa-se linguagem aproximada e elíptica: a conversão supõe que tenha havido complexo de elementos fáticos com que se poderiam ter composto suportes fáticos sobre os quais incidissem regras jurídicas diferentes, resultando negócios jurídicos, nulos uns, ou nulo um, e um válido, razão por que (principio da convertibilidade) *incidiu* aquela que deu ensejo a negócio jurídico válido.

3.

Conversão e ignorância da nulidade. A conversão supóe que o figurante ou os figurantes não 551

conheciam a invalidade; porque, se a conheciam, quiseram o nulo: quem quis o nulo não quis que valesse; se tivessem querido que valesse, teriam querido outro negócio juridico; querer *mais* conhecer a nulidade perfazem querer só o nulo, e a conversão está excluida. Pela mesma razão, não há conversão se se quis o negócio jurídico A e não se chegou a completar o suporte fático: o que prometeu doar, e faleceu antes de expedir a promessa, não completou o suporte fático, e conversão não é operação para completar, e sim para salvar; seria contra os princípios ter como legado essa promessa de doação incompleta, isto é, essa não-doação. O penhor ou caução de títulos de crédito no direito brasileiro perfaz-se com a tradição do título e o instrumento (art. 791); se faltou a tradição, e houve a notificação do art. 792,11, não há caução de titulo, por se não ter completado o

negócio jurídico, e não há pensar-se em cessão de crédito (art. 1.065): seria ir-se além do querido. Se, porém, se cede crédito intransferível, — nulamente, e não incompletamente se cede (= não cede), de modo que pode ficar suporte fático de procuração para receber, quiçá irrevogável.

4.

Conversão supõe *nulidade ou anulabilidade.* A conversão só se dá, se um dos negócios juridicos, exatamente o em que se pensou, seria *nulo,* ou *anulável.* Não há cogitar-se de conversão em caso de *ineficácia* parcial ou total: não se converte, se o negócio jurídico, em quz se pensou, é só ineficaz, ou não tem, ou ainda não tem algum ou alguns efeitos. Juristas mal informados sobre a história e a dogmática do .instituto chegam a definir a conversão como se tivesse por fito dar eficácia ao negócio jurídico, trocando-o por outro, eficaz; mas-esse erro, de que ainda falaremos, há de ser repelido (certo, G. Planck, *Kornmentar,* 4ª ed., 1, 373; O.

Warneye~ *Kornmentar,* 1, 255; errado, E. Betti, *Teoria Generale dei Neqozio giuridico,* 317 s.). Quanto à conversão em caso de anulabilidade, a doutrina é assente (O. Fischer, Konversíon unwirksamer Rechtsgeschãfte, *Fest gabe fúr* A. Wach, 20). Não se pode cogitar de conversão, se o negócio jurídico, em que se pensou, foi constituído validamente e perdeu a eficácia, ou a teve encoberta por alguma exceção *(e.g.,* prescrição), ainda que apenas por algum tempo (O. Warneyer, *Komnjentar,* 1, 255). Nem com a conversão se troca a pessoa que seria o titular do direito (o filho pelo pai, ou vice-versa), nem se cria outro direito de que se aproveitaria aquele que não poderia ser titular do direito que se quis criar: seria fraude à lei.

5.

Exemplos de conversão. Se o manifestante ou manifestantes da vontade quiseram sociedade, que não teria capacidade jurídica, pode acontecer que baste o suporte fático para outra, que a possa ter. Se a transmissão não valeria como transmissão de patrimônio, mas valeria como transmissão singular, a conversão opera-se. Se o penhor não satisfaz exigências de forma, vale a constituição do direito de retenção. Se é nula a constituição do usufruto, pode acontecer que valha a cessão do direito ao exercício dele. A alienação de participação social, que não pode ser alienada, éconvertível em cessão dos créditos cessiveis.

§ 375. Construção da conversão

1.

Como se há de explicar a conversão. Tem-se de construir a conversão como *a)* a operação que faz negócio jurídico válido o negócio que o não-seria, se consistisse naquele negócio em que se pensou; e não b) como a operação de tornar válido, ou eficaz, por troca de categoria, o negócio jurídico que não o era. Nao e a mesma coisa: se há reexame posterior à classificação do negócio jurídico, o que se passa já é *dentro* do mundo jurídico, em que ele está, quando se aplica a lei; se há conversão, só se declara que o suporte fático comporta duas ou mais incidências de regras jurídicas (= duas ou mais *entradas* no mundo jurídico), uma das quais, pelo menos, levaria consigo nulidade ou anulabilidade, e de que uma, pelo menos, das categorias possíveis seria normal (= válida). Ali, o negócio jurídico foi A, e troca-se por outro, B, como correção judicial da qualificação jurídica do negócio. Aqui, qualquer interessado alega que o suporte fático satisfaz a A e a B;portanto, por ser *deficiente* em-A, se há de entender que perfez B. Tem sido prejudicial à investigação científica cogitar-se da conversão (como, aliás, da interpretação dos negócios jurídicos e até de atos jurídicos *stricto sensu)* como constitutiva. Se atendemos a que a operação convertedora não é constitutiva, mas declarativa, fácil é inferir-se que a conversão não é entre negócios jurídicos, e sim entre suportes fáticos que se compõem com os elementos em exame, portanto entre negócios *antes* da juridicização.

2.

Conversão e sanação. A conversão não se confunde com a *sanatária* (ou sanação), porque essa é oriunda de fato posterior à juridicização do negócio: o negócio jurídico, que era eivado de vício, com o elemento novo, que enche a sua deficiência, sana, sara, cura-se. A ferida, com que nasceu, cicatriza-se. Na 551

conversão, escolhe-se a lei que salva, porque há no sistema jurídico regra jurídica que o ordena.

Nem se confunde com a *interpretação integrativa,* que não consiste em

compor com os elementos *a, b, c, d,* do suporte fático *abcde,* em que se pensou, o suporte fático *abcd,* que dá negócio jurídico válido, e sim em explicitar *a, 1,, c, d* e *e,* inclusive apontando a erronia do *nomen iuris* em qualquer desses elementos, ou na designação do suporte fático. A interpretação integrativa, ainda se ocorre fazer-se após a declaração da classificação do negócio (e, eventualmente, ,da conversão), se tem de colocar, logicamente, antes da operação classificatória (e da convertente). Se não há eficácia de coisa julgada material a respeito da classificação ou da conversão, pode a interpretação integrativa levar a outras conclusões. Ambas se passam, logicamente, *antes* de se saber de que negócio jurídico foi que se *tratou.*

§ 376. Conversão legal?

1.

Se há conversão legal. A conversão legal dar-se-ia quando houvesse regra jurídica que, a favor de algum dos declarantes ou manifestantes de vontade., ou de interesse público ou do Estado, estatuísse ter-se de considarar concluído o negócio jurídico B, se se quis ou deficientemente se quis o negócio jurídico A. Em verdade, há, ai, substituição. *a)* Disse a Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 46: "Aquele que assina a declaração cambial, como mandatário ou representante legal de outrem, sem estar devidameite autorizado, fica, por ela, pessoalmente obrigado" (Lei uniforme de 7 de junho de 1930, art. 8ª: "Quiconque appose sa signature sur une lettre de change, comme représentant d"une personne pour laquelie II n"avail pas le pouvoir d"agir, est obligé lui-même en vertu de la lettre et, sil v a payê, a les mêmes droits qu"auraient eu le prétendu représenté. 11 en est de meme du représentant qui a depassé ses pouvoirs"; nosso *Tratado de Direito cambiário,* 2ª ed. Há, ai, substituição: a lei mesma escolheu entre o nulo e o válido, em sua política de pôr a salvo a função circulatória do título. b) Se alguém estipulou a favor de terceiro, e esse nao se inseriu em relação com o estipulante e o que prometeu a seu favor, sujeitando-se às condiçoes *e.* normas da estipulação o estipulante responde pelo que prometeu; se, porém, o terceiro „anui" (art. 1.098, parágrafo único), isto é, entra em relação com o devedor-credor, a promessa do estipulante não se converte em garantia. Nem é caso de conversão, tampouco, a substituição do art. 1.100. Pretendeu Emilio Betti *(Teoria Generale dei* Negozio giuridico,

321 s.) que há conversão legal (Codigo Civil italiano em vigor, art. 1.411, 3ª, sobre "revocabilidade" da atribuição ao terceiro *finchá ii terzo non abbia dichiarato, anche* in confronto dei *promitten te1 di volerne profittare),* se o estipulante revoga a estipulação De modo nenhum. Trata-se de fato superveniente à juridicízação do negócio. O engano do jurista italiano proveio de inexato conceito de conversão. c) A reserva de que o devedor perde os direitos que derivam do contrato, se não cumpre alguma obrigação *apenas* se dá entrada no mundo juridico como direito de resolução. A lei substitui, ai, o conteúdo da vontade. *d)* A aceitação tardia da oferta considera-se nova oferta (art. 1.083, ius *dispositivum). e)* A doação mortis causa, se satisfaz os requisitos formais do testamento, trata-se como legado.

2.

Conversão e versão. Em todos os casos acima, é de expediente de técnica legislativa que se cogita; e não de conversão, que é processo de interpretação e classificação dos atos jurídicos. Quando a lei, sem considerar hipotética vontade dos contraentes, substitui o que eles queriam pelo que a ela pareceu melhor, não converte, — verte: na conversão, é preciso que se tenham, pelo menos, dois negócios, um dos quais se juridicize, porque o outro é inválido; na substituição, a lei põe o negócio B, em vez do negócio A, ainda que não se possa alegar ou provar qualquer vontade do agente nesse sentido. Não existe, pois, conversão legal.

§ 377, Conversões freqüentes

1 . *Negócio jurídico formal e negócio jurídico aformal.* A conversão pode ser a favor de negócio jurídico aformal, em vez de algum negócio jurídico formal deficiente; dificilmente, poderia ocorrer entre negócios jurídicos formais e aformal, a favor daqueles. Também, entre negócios reais e obrigacionais. O que é preciso é que os elementos que teriam servido ao negócio jurídico aformal constem do negócio jurídico formal. a) O

testamento cerrado nulo por defeito de forma pode valer como testamento particular, se satisfaz os pressupostos desse. b) A letra de câmbio ou a nota promissória, nula por defeito de forma, pode valer

recibo ou assinação; e a cessão do crédito incessível pode valer como procuração. e) O prédio futuro pode ser objeto de venda e compra. Se o preço tem de ser pago quando se construir a casa, a condição, pois que se trata de bem imóvel, somente pode ser resolutiva; todavia, se se pensou em suspensividade, há conversão: tem-se o contrato como *contrato de opção (Tratado de Direito Predial,* III, 283). *d)* Se o vendedor se *reservou* a propriedade do prédio vendido, ou o negócio jurídico é nulo, como venda e compra, por ser suspensiva a condição, ou a termo, ou se trata de promessa de venda e compra, na qual aquela se pode, aliás, converter (111, 295). e) A aquisição de garagem em prédio de *apartamentos* é inconstruível no direito brasileiro, se não o é pelo dono de algum apartamento, de que passe a ser parte integrante. Salvo se o suporte fático do negócio juridico faz pensar-se em servidão. Se o adquirente é dono do prédio vizinho, pode cogitar-se de servidão, no que, aliás, se 05 elementos dela se compuseram, se converte o negócio de venda e compra. Se o prédio não é vizinho, ou a servidão não se pode compor, o negócio jurídico é nulo, ineficaz, e sem conversão possível (II, 177). fl Não se pode renunciar a elementos do domínio, que, com a renúncia, seriam direitos reais desconhecidos pela lei: estar-se-ia a renunciar ao conteúdo do direito de propriedade (H. Walsmann, *Der* Verzicht, 76). Ainda o que seria servidão predial contra o renunciante não poderia ser objeto de renúncia: o negócio jurídico seria declaração bilateral ou plurilateral de vontade, e nao declaração unilateral de vontade.

Se algum elemento bilateralizante ocorreu, pode ser construído como de constituição de servidão, cabendo conversão (1, 236).

§ 378. Quantitatividade e conversão

1.

Nulidade total e nulidade parcial. Se a nulidade consiste em se ter infringido máximo ou mínimo, não há pensar-se em conversão: ou a infração acarreta a nulidade do todo, ou só a nulidade parcial. Não há dois negócios jurídicos, um dos quais valha. Só há um, a respeito do qual a nulidade é total ou parcial. No entanto, vemos alguns juristas confundirem os dois institutos *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Allqemeine Teil,* 11, 290). Mais absurdo ainda seria verse conversão nos casos,

raríssimos, em que seria de admitir-se fixação de prazo mais longo se nula a fixação do prazo demasiado breve.

2.

Quantidade e conversão. A quantitatividade somente pode dar ensejo à conversão, se há dois *possíveis* negócios jurídicos, um dos quais válido, devido à quantidade.

§ 379. Repetição e nulidade

1.

Nulo e insanável. A insanabilidade está ligada ao conceito do nulo; mesmo porque os negócios jurídicos, que *ainda* não tiveram os seus suportes fáticos, ainda não são, e aqueles, que já têm suporte fático suficiente, mas algo lhes falta para a eficácia, não são negócios jurídicos nulos. Nulidade é défice para sempre. Por isso mesmo, se o louco sara, ou se o menor absolutamente incapaz atinge a maioridade, a nulidade não esaparece: o inválido, aí, não se valida. Promulgando-se lei que fizesse válido o nulo, seria regra jurídica *post facto,* regra jurídica de incidência no passado, o que a Constituições soem coarctar. Se os figurantes querem fazer válido o nulo, nada mais podem pretender do que *repetir* o negócio jurídico e a

"confirmação" (pseudo-confirmação) não émais, no plano jurídico, do que *conclusão* nova, nova celebração.

Se os efeitos do novo negócio jurídico são *no passado,* é problema de autonomia da vontade no momento em que a regra jurídica incide sobre o suporte fático, e não de confirmação do negócio jurídico nulo. Os pressupostos do novo negócio jurídico são os seus; e o que se chama, aí, "confirmação" não é mais do que duplicação no tempo, com ou sem eficácia *ex tunc.* Nem sequer o falar-se de confirmação basta para se pensar em que é *ex tunc* a eficácia; apenas implica que se quis algo semelhante a essa eficácia. Tal eficácia, excepcional, só se dá se regra jurídica especial a permite, pois o princípio geral é o *princípio da irretroeficácia dos fatos jurídicos.*

O ato jurídico nulo não é suscetível de ratificação. Pode ser repetido. Enquanto a ratificação dos atos jurídicos anuláveis tem eficácia *ex tunc* (art. 148, alínea 2ª) e a tem, por igual, a ratificação pelo dono do negócio, se o ato jurídico foi praticado sem poderes (arts. 1.343 e 1.306), — a repetição, se foi nulo ou anulado o ato jurídico, só a tem *ex nunc,* porque não há, no mundo jurídico, qualquer efeito do passado, que se 551

possa salvar: não se salva o nada. isso não obsta a que os que repetem o ato juridico lhes atribuam eficácia jurídica *ex tunc,* ressalvados, nessa invasão ao passado, os direitos de terceiro (4ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 13 de março de 1953, *RT* 95/382). A repetição não é reprodutiva, não renova, razão bastante para se dever evitar o nome "renovação", que supõe negócio jurídico existente e não-nulo, que se renova *(e.g.,* renovação da locação, por sentença).

2.

Tempus regit actum. O momento decisivo para o negócio jurídico confirmativo é o da conclusão ou celebração *(Tempus regit actum).* Se alguma causa de nulidade desapareceu, já se não há de cogitar dela, ao se concluir ou celebrar o negócio. Se nova causa surgiu, óbice é à validade do negócio jurídico confirmativo. A eficácia também parte da data do negócio jurídico, ou após ela. A retroeficácia, conforme foi dito, é excepcional; posto que cada um dos figurantes possa ter como extintos, *ex nunc,* todos os direitos, pretensões, ações e exceções, que seriam sinais do passado contrário ao que ora se quer, permitindo que, com esses efeitos *ex nunc,* se apague, praticamente, no presente e para o futuro, o que veio do passado. A confirmação tem por fito, de ordinário, esse apagamento; *e.g.,* o locatário, que fora possuidor de má-fé, ou de boa-fé, e não locatário, paga, agora, os aluguéis que deveria ter pago após cada mês do tempo transcorrido antes da locação.

Não o faz locatário no *passado;* tanto que, se, em verdade, o locador antes alienara o prédio, não pode o locatário invocar o art. 1.197, parágrafo único, nem teria eficácia no passado a cláusula de respeito à locação (art. 1.197). Exatamente, esse correspectivo da retroeficácia é que se há de entender ter sido *querido* (=

conteúdo da vontade manifestada), se há dúvida a respeito. A alusão a "confirmar", "confirmação",

"confirmativo", basta para que se interprete o negócio jurídico como

contendo tal vontade.

3.

Repetição, e não-confirmação do nulo. Para a chamada confirmação do negócio jurídico nulQ, que é *repetição,* é preciso que se reconheça a nulidade do anterior. Já aí se exclui que se possa pensar em negócio jurídico declarativo. Quem confirma o nulo, para que se tenham efeitos como se fossem no passado, prelimi-narmente desconstitui, pois que reconhecer nulidade é desconstituir, embora negocialmente. Desconstitui-se, para se constituir de novo. Se a causa da nulidade foi ilicitude, ou impossibilidade, e a lei mudou, apagando aquela, ou essa, nada obsta a que se confirme, repetindo-se o negócio jurídico (G. Planck, *Kommentar,* 4ª ed., 1, 374).

4.

Negócios jurídicos unilaterais. A chamada "confirmação" não se dá apenas a propósito de contrato.

Também concerne a negócios jurídicos unilaterais (G. Planck, *Kornmentar,* 1, 394). A confirmação da aceitação nula, se ainda dentro do prazo, basta, por si, à conclusão do contrato; a confirmação da oferta nula, a que se seguiu aceitação válida, tem a eficácia que for admitida pelo aceitante, ou a que teria a proposta anterior, se foi o aceitante que pediu a confirmação.

5.

A espécie do art. 215 do Código Civil. A nulidade do casamento e outras, que são tratadas especialmente, estão, de certo modo, a meio caminho do nulo ordinário e do anulável. O *matrimoniurn nulluni* somente pode ter julgada a sua nulidade em ação ordinária (art. 222; Esbôço de Teixeira de Freitas, art. 1.446; cf. Código Civil alemão, § 1.329; o Projeto de Coe!ho Rodrigues, art. 1.918, distinguia: em caso de nulidade, ação sumária, e em caso de anulabilidade, ação ordinária). Não quer isso dizer que os matrimônios nulos se tenham de considerar existentes, e os outros negócios jurídicos nulos, inexistentes: aqueles e esses existem; apenas se faz depender de sentença em ação ordinária a decretação da nulidade daqueles. Os juristas, que têm a diferença como distinção no plano da existência, são vítimas, como, por exemplo, A. von Tuhr *(Der Allgenieine Teil,* II, 296), de romanismo já

superado há séculos. A eficácia sentencial é, para uns e outros, *ex tunc*. Aliás, assim ocorre, também, com as decretações em caso de anulabilidade. Não se pode dizer que a exigência da ação ordinária, ou de outra forma especial, torne anulabilidade a nulidade; nem, tampouco, que *só a* sentença seja constitutiva negativa. Tudo se passa no plano da aplicação das regras jurídicas, e não da incidência: no plano da incidência, o matrimônio nulo é tão nulo quanto os outros negócios jurídicos nulos.

Todos existem, mas nulamente. O défice é igual; donde serem de igual deficitariedade, no plano da validade.

O próprio art. 215, que veda a decretação da nulidade do casamento de que resultou gravidez (cp. Código Civil suíço, art. 128, 2ª alínea), não faz anulável, em vez de nulo, tal casamento com defeito de idade: a *gravidez* exclui a invalidade, ainda que muito após a celebração; e atua, por força de lei, como *extintiva* da causa de nulidade. O casamento tem-se como se não tivesse sido, antes, considerado nulo. De modo que o art. 215

opera no suporte fático, pela revelação de que a *causa* não existia. Não importa se ao tempo da propositura da ação não existia gravidez, nem se só ocorreu ao tempo da sentença (Max Cmúr, *Familienrecht,* 130), ou só antes do último julgado no feito.

Todos esses expedientes técnicos são inconfundíveis com a conversão.

Capitulo V

Desconstituição por invalidade

§ 380. Desconstituição por invalidade

1.

Desconstituição, e não declaração, do ato jurídico nulo ou anulável. Todos os que definem o ato jurídico nulo como aquele que não produz efeitos, portanto "nulidade ineficácia", cometem, desde logo, o erro de definir o fato de ser como o ter determinadas consequências, e topam, adiante, com o desmentido dos fatos: há atos jurídicos nulos que surtem efeitos; e efeitos correspondentes ao seu conteúdo, o que, de si só, bastaria para se afastar qualquer teoria escapatória, que atribuísse o efeito ou efeitos a fato jurídico, ato-fato jurídico, ou simples fato, que, com a nulidade, ficasse no lugar. A nulidade é consequência de défice, défice que diz respeito à entrada inidônea no mundo jurídico, como se a causa é o ser menor de dezesseis anos o agente, ou a incapacidade do louco, ou a do surdo-mudo que não pode exprimir a sua vontade, ou a de pessoa julgada por ausente (arts. 145, 1, 82 e Se, I-IV). Na lei brasileira, ainda são causas de nulidade o ser ilícito ou impossível o objeto do ato jurídico (arts. 145 II, e 82), o não revestir o ato jurídico a forma prescrita em lei (arts. 145, III, 130 e 82), o ter sido preterida alguma solenidade que a lei considere essencial à sua validade (arts. 145, IV), o tê-lo a lei "taxativamente" considerado nulo, ou ter-lhe negado (qualquer) efeito (art. 145, V). A última parte tem a consequência de ser nulo todo negócio jurídico a que a lei negue *toda a eficácia.* Se algum efeito surte, não é nulo pela causa do art. 145, V, 2ª parte, posto que o possa ser por outra. Demais, a proposição final do art. 145, V, não permite que se identifiquem nulidade e ineficácia: o negócio jurídico totalmente ineficaz é nulo; mas o negócio jurídico nulo não é, necessariamente, totalmente ineficaz, — só o é de regra.

2.

Nulidade e anulabilidade. A *nulidade* ocorre sem ser preciso que haja algum ato de alguém para que ela produza a sua consequência. Aqui, surge o problema da definição de *anulabilidade.* Quando dizemos que o ato jurídico é nulo, aludimos à causa e consequência simultâneas; quando dizemos que é anulável, só aludimos à causa. Há dois momentos: um, que é o do vicio, e outro, que é o do efeito do vicio. O ato jurídico é nulo, desde já; o ato jurídico nulo será apontado, explicitamente, como incluido na classe dos atos jurídicos nulos, quando se proferir a parte declarativa da causa da sentença constitutiva negativa, mas a parte constitutiva negativa o fará cair na inexistência (= fora do mundo jurídico), como acontece ao ato jurídico anulável, que se julgar, desconstituindo-se. A sentença, na ação de anulação, desconstitui mais do que na ação de nulidade, porque é mais desconstituir-se o anulável que desconstituir-se o nulo. Quando o autor, na ação de nulidade, alega-a, o seu papel não é diferente daquele que exerce o autor, na ação de anulação. Ambos vão contra o ser jurídico, ainda que àquela alegação se permita a postulação *incidenter* ou de ofício. A diferença exsurge quando se aprecia a posição do réu: na alegação de nulidade do negócio jurídico, ele objeta, e o juiz, salvo espécie excepcional, aprecia desde logo a objeção; na alegação de anulabilidade, o réu tem de vir com a sua ação em reconvenção, ou em ação à parte, salvo regra jurídica especial. (Cumpre, aqui, não se identificar o conceito de anulabilidade, tal como se cristalizou no direito ocidental, desde que se distinguiram nulidades, anulabilidades, rescisões e impugnações, com o de impugnabilidade. A anulabilidade é objeção que exige ação própria; não é simples direito de impugnar contradireito, *Gegenrecht.)*

3.

Ordem das questões perante a justiça e pela justiça. Porque há três planos, o da *inexistência,* o da *nulidade* e o da *anulabilidade,* um acima de outro, essa é a ordem em que se hão de apresentar, discutir e julgar as questões: primeiro, questões de inexistência, por isso mesmo que são no plano da existência, em que toda a função do intérprete ou do juiz é declarativa; depois, as de nulidade, pois, aí, tem o juiz função declarativa positiva e constitutiva negativa de *x;* finalmente, as de anulabilidade, porquanto o juiz, que anula, declara, implicitamente, *que é,* e *não énulo,* mas *anulável,* e desconstitui mais do que *x.* Quando o juiz anula destrói mais do que quando julga a nulidade: quem decreta nulidade, pouco encontrou que destruísse; quem anula (= decreta anulação), muito encontrou para destruir. Essa diferença entre o que se desconstitui, na decretação do nulo e na decretação do

anulável, é responsável pelo erro de se crer "declarável", em vez de decretável, a nulidade (exagera-se, então, o elemento declarativo); e permite que se alegue, *eventualiter,* a anulabilidade: julga-se, primeiro, a inexistência, se foi alegada; depois, a nulidade; finalmente, a anulabilidade.

551

A nulidade, por ser grave, é mais perceptível: por isso, quando o juiz ou a própria autoridade administrativa a encontra provada, deve pronunciá-la, ainda que não tenha havido alegação; o funcionário público, e não só o juiz, há de negar atendimento ao ato jurídico, se há prova da nulidade, inclusive abstendo-se de registrá-lo, se lhe incumbe serviço de registros públicos. Dir-se-á que o negócio jurídico pode ser nulo, e não estar provada a nulidade. Isso não infirma o princípio: àregra jurídica sobre nulidade só se deixa de atender quando *ainda* a sua incidência não está provada, isto é, quando ao funcionário público, ou ao juiz, ou aos interessados, não se exibiu todo o suporte fático deficitário.

4.

Ação para se desconstituir. A nulidade e a anulabilidade distinguem-se perfeitamente, salvo exceção legal, como a respeito do casamento, em não poder alguém recusar-se a atender o que deriva de ato jurídico anulável. Enquanto não se decreta a anulação, o ato jurídico é, e está apenas exposto á ação, de modo que toda conduta contrária a ele é antijurídíca. Em todo o caso, as leis às vezes exigem a sentença, em ação constitutiva negativa, com rito ordinário ou especial, para se decretar a nulidade, o que não exclui outras propriedades ordinárias da nulidade.

§ 381. Alegação de não-validade

1.

"Ação" para a desconstituição do ato jurídico nulo, regra jurídica excepcional. Já vimos que, de regra, o direito material, em que se constituem os negócios jurídicos, adota o princípio da argUição da nulidade em qualquer ocasião, ainda *incidenter.* A exceção à regra,

ainda quando se trate de norma inserta em código, ou em lei esparsa de direito material, salvo evidente propósito de materialização, pertence ao *direito processual,* porque é a esse direito que cabe determinar a forma adequada das "ações" e a própria necessidade de "ação". Os arts. 222 do Código Civil e o art. 674 do Código de Processo Civil de 1939 — em vigor, segundo o que o Código de Processo Civil de 1973 estatui no art. 1.218, VII — são normas, aquele em lugar impróprio, e esse em lugar próprio de direito processual.

2.

Permissão e dever de decretar de ofício a nulidade. Quando se diz que alguma nulidade pode ser pronunciada de oficio, a regra, ainda quando inserta no direito material, dirige-se ao juiz, para lhe permitir ou lhe ordenar que a pronuncie. Permitir-lhe ou ordenar-lhe. Se foi usado o verbo "pode", só se permitiu; se foi usado o verbo "deve", ou "há de ser", ou "será", há-se de entender que se fez dever do juiz pronunciá-la. Esse dever, está claro, somente pode derivar do direito judiciário e, pois, da *lex fori.* A cisão é sutil, mas relevante: a decretabilidade de oficio pode ser edictada pelo direito material; o dever de decretar só se pode criar na *lex fori.* Foi a longa permanência do direito material e processual juntamente, quase sem discriminação, que levou a se inserirem em leis civis e penais regras de direito judiciário, e vice-versa. À medida que se teve de distinguir o que era direito material, regedor das *res in iudiciurn deducta,* e o que era direito de organização da justiça e processual, foi que a prática aproveitou e serviu à precisão classificatória.

A decretabilidade de oficio significa que se permitiu, pelo menos, ao juiz que, conhecendo do ato, como *res deducta,* lhe decrete a nulidade, — quer dizer o desconstitua. No conceito não está incluido que se não precise propor "ação", ou que se possa alegar, em exceção ou defesa, onde quer que se pretendam efeitos ao ato jurídico nulo. Se bem que a decretabilidade de ofício, a prescindibilidade ou dispensa de "ação" e a alegabilidade por qualquer interessado costumem aparecer juntas, são conceitos distintos, e deles pode usar o legislador a seu sabor, em combinaçóes ou isoladamente.

3. *Alegação incidental do nulo.* Se alguém invoca ato jurídico nulo, para fundamento dos seus direitos, pretensões e ações, a outra parte pode, durante o processo, ainda incidentemente, isto é, ainda como questão

prejudicial, ou quanto a algum efeito que se lhe espere, ou haja esperado, alegar a nulidade. Por outro lado, quem pleiteia, ou vai a juízo, tendo de invocar ato jurídico de que lhe provenham direitos, pretensões, ou ações, e a atribuição de eficácia a algum negócio jurídico nulo invadiria a sua esfera jurídica, direta ou indiretamente, imediata ou mediatamente, pode, ainda que incidentemente, arguir a nulidade. O que adquiriu a propriedade está exposto, se foi nulo o ato jurídico da alienação, à ação de reivindicação pelo alienante. O

devedor, que pagou em virtude de negócio jurídico nulo, pode pedir a repetição do pago, ou recusar-se a pagar, se ainda não no fez. Mais: se o credor pretende a compensação, é de afastar-se essa com a alegação e prova da nulidade do negócio jurídico.

551

Para fazer patente a nulidade, para que se neguem efeitos ao ato jurídico nulo, não se precisa propor

"ação"; mas isso não significa que não exista a ação de nulidade. E a velha confusão entre ação (de direito material) e "ação" (de direito processual). Mais grave ainda, *in casu:* entre ação (de direito material) e "ação ordinária".

Dai logicamente se passa a discussão da natureza (ou, melhor, eficácia) da decisão na ação de nulidade.

Ou o nulo é nãoexistência, tal como na lei romana e entre os juristas romanos; ou o nulo é o existente, não-válido de pleno direito. Se a concepção romana ainda subsiste, a ação de nulidade é declaratória negativa, e o juiz profere que não existe o ato jurídico. Se outra é a concepçáo do direito positivo, como acontece no sistema jurídico brasileiro, a ação é constitutiva negativa; o ato jurídico foi feito, énulo, e a sentença decreta-lhe a nulidade, empurrando-o para a inexistência. O fato de se poder, *incidenter,* alegar a nulidade contribuiu para maior turvamento do assunto, porque, proposta a ação declaratória da não-existência de alguma relação de direito, e arguida a nulidade na petição, ou depois, o juiz teria de pronunciar a nulidade do negócio jurídico e, *após,* a inexistência da relação jurídica. Em verdade, porém, alguns juristas não viram esse fato, esse pré-

surgir de questão prejudicial (constitutiva negativa) e pensaram que a

ação de nulidade fosse declaratória (e.g., A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* II, 281; na tradução espanhola, III, 311; aliás, a frase-título "Não existe ação de nulidade" foi enxerto, errado, do tradutor). O resíduo romanístico "declaração de nulidade" também concorrera para isso. Outrossim, o tomarem-se ineficácia e inexistência como o mesmo: há o existir, sem eficácia, e o nulo excepcionalmente eficaz (e.g., Código Civil, art. 222).

4.

Regra jurídica de direito judiciário ou de direito administrativo. Outro problema, semelhante ao da exigência *processual* da "ordinariedade" ou da "sumariedade" ou da "especialidade" da "ação", ou, apenas, da

"ação", é o da exigência, *de direito judiciário,* ou *de direito administrativo,* da "ordinariedade", ou da

"sumariedade", ou da "especialidade", ou, simplesmente, da "ação", para se desconstituir o ato do órgão do Estado, que recebeu, ou constituiu, formalmente, o ato jurídico. Ali, foi o direito processual que impôs o rito; aqui, é o direito judiciário, ou o direito administrativo. O exemplo mais eminente é o da desconstituição das escrituras públicas.

5.

Instrumentação pelo oficial público. Se o ato jurídico é nulo, *a fortiori* se é inexistente, o fato de ter sido instrumentado pelo oficial público não no torna revestido de pressupostos tais que se tenham de satisfazer as exigências que a lei faz para anulação dos atos públicos. A escritura pública é ato de direito judiciário (na tradição do nosso direito), posto que pudesse ser concebida como ato de direito administrativo, e goza de certa fé e dela decorre, por exemplo, a exigência do procedimento comum para ser desconstituído. Se ocorre que o ato jurídico é nulo, e no pronunciar-se a nulidade não se ataca a fé que a escritura pública contém, a separabilidade do negócio jurídico e do instrumento permite que se decrete a nulidade do ato, sem ser preciso decretar-se a nulidade *do instrumento.* Praticamente, permite que se decrete, *incidenter,* a nulidade do ato, sem ser preciso que se proponha a "ação ordinária". Se, porém, há inseparabilidade, como se o tabelião enunciou que estava presente o declarante, e não estava, têm-se de propor, cumulativamente, as duas ações constitutivas negativas, a de

nulidade do negócio jurídico e a do instrumento.

Casos ocorrem em que a própria ação de declaração de inexistência tem de ser cumulada co m a de nulidade do instrumento. Outros em que o ato jurídico é apenas anulável e vai implícito, no pedido, se não se explicitou, o pedido de nulidade do instrumento *(e.g.,* alegação de coação no próprio cartório do tabelião).

§ 382. Invalidades concorrentes

1.

Concorrência de nulidades ou de anulabilidades, ou de nulidades e anulabilidades. Pode acontecer que o ato jurídico, além de ser anulável pela coação, pelo dolo ou por outra causa, seja anulável por outra causa de invalidade, ou nulo. *De iure condendo,* ou *a)* se entende que, havendo a nulidade, a vítima tem o dever de alegá-la antes, e o juiz o de pronunciá-la, ou *b)* apenas se dá ao juiz pronunciá-la, sem se excluir ao figurante o arguir a anulabilidade sem impedir a anulação. O argumento a favor de a consiste em se fazer ressaltar que a anulação vai contra os efeitos do ato jurídico e o ato jurídico nulo não os tem. Tal concepção do 551

anulável, *exatamente* coincidente com o inválido eficaz, agradou aos juristas alemães, devido ao conceito de

"imPugnação", que eles adotaram, apagando-se, assim, um tanto da invalidade para se pôr em relevo o ataque à eficácia. Porém essa solução técnica não é melhor do que a que se formou, durante séculos, para se definir o anulável; nem é necessária, como pareceu a R. Leonhard (Beitráge zur lrrtumslehre, *Deutsche JuristenZeitung,* 10, 20), e a G. Planck *(Nommentar,* 1, Q ed., 280). Com razão, Th. lKipp (Uber Doppelwirkung im Recht, insbesondere Uber die Konkurrenz von Nichtigkeit und Unfechtbarkeit, Festschrift *fúr* Ferdinand von Martitz, 211 e 224 a). O que se tem de dizer (e é tautológico) é que a nulidade passa à frente; o que se pede é a anulação, mas, ao bater o juiz na cunha, pelo vício, que arrebentaria o ato jurídico, todo ele se esboroa. Em alguns casos de coação, o ato jurídico se torna imoral, ou o é. Uma coisa é a pretensão à tutela jurídica, que tem o coacto ainda que nulo o ato jurídico (pessoa forçada a receber quantia para não se separar

judicialmente ou divorciar), e outra a ação de direito material, *res in iudicium deducta.* A doutrina alemã, excluindo que se peça a decretação da anulabilidade do ato jurídico nulo, desatende a isso.

2. *Ordem das questões.* Na concorrência das anulabilidades, há certa ordem de apresentação, pela abrangência.

a) Quem tem ação de anulabilidade por dolo (arts. 92-97) tem mais do que se só tivesse ação de anulabilidade por erro (arts. 86-91). Porque no suporte fático do ato jurídico eivado pelo dolo há o elemento do erro, contido no elemento do dolo. isso não exclui que, noutro ponto do mesmo ato jurídico anulável por dolo, haja elemento de erro, sem que tenha havido dolo. Por exemplo: dolo e erro na transmissão (art. 89). idem, quando se dá concorrência legislativa; uma lei aponta o dolo; outra, o erro, sem o admitir incluso no dolo. *b)* Quem tem ação de anulação pela coação pode tê-la também por erro ou dolo, ou as duas. Por exemplo: E, coagido por A, dirige manifestação de vontade a C, ou mesmo a A, crendo que não tem suficiência para se fazer ato jurídico, ou que é nulo (não só anulável); E, coagido por A, assina contrato, em que A diz ser dono da colheita, sem no ser, e ao mesmo tempo troca os limites do terreno (coação, dolo e erro, respectivamente). Não raro o dolo ou a coação, ou ambos concorrem com os vícios ocultos da coisa, nos contratos comutativos (arts. 1.101-1.106). Quanto ao erro, não; as qualidades, de que tratam os arts. 86-88, não são as mesmas de que fala o art.

1.101, razão por que precluem os prazos do art. 178, §§ 2ª e 52, IV, sem ter expirado o prazo prescricional do art. 178, § 9ª, V, *a.* Quem compra vinagre em vez de vinho erra; não tem ação redibitória ou *quanti minoris,* tem ação de anulação por erro (Fr. Haymann, *Anfechtung, Sachmângelgewáhr und VertraqserfUllung,* 10 sj.

Quem compra vinho, que se diz não ácido e é ácido, a ponto de poder invocar o art. 1.101, não erra, ignorou o que era oculto.

3.

Ação revocatória falencial. Diferente é o que se passa em relação à ação revocatória falencial. À

diferença da revogação da doação, por ingratidão de donatário, a ação revocatória do credor, por fraude contra credores, tem por fito a

subtração à manifestação de vontade do devedor *(vox)* do que foi vontade de fraudar credores. A sentença, que se profira, favoravelmente ao autor, sanciona a subtração daquele elemento volitivo de que resultaria, ou de que resultou o *eventus damni* aos credores. A manifestação de vontade do devedor, no que não ofenderia nem ofende os credores, fica. O ato jurídico não deixa de ser. Não cai no nada. Não há qualquer decretação de anulação, à diferença do que ocorre com a ação anulatória fundada no art. 106 ou no art. 107 do Código Civil, ou no art. 768 do Código de Processo Civil. A revocatória, que se baseia no art. 53

do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, ou no art. 99 do mesmo Decreto-Lei, somente revoga quanto àquele elemento volitivo, de que falamos; não decreta nulidade, nem anula. Por não se verem tais diferenças entre as ações anulatórias e as revocatórias falenciais (noutros sistemas jurídicos também revocatórias ordinárias), gravemente se turvou a discussão, a ponto de se ter recorrido ao inadmissível conceito de nulidade subjetivamente relativa, ou de anulação subjetivamente relativa.

§ 383. Reparação do interesse negativo

1.

Negócios *jurídicos unilaterais, negócios jurídicos unilaterais* com *recepticiedade e interesse negativo.*

A regra é que, antes de se perfazer o negócio jurídico, nenhum efeito, inclusive ação, se produz. Mas é preciso atender-se a que há negócios jurídicos que se constituem de dois negócios jurídicos, isto é, de duas manifestações de vontade que entram no mundo jurídico e compõem o negócio jurídico, ou de manifestação de vontade recepticia, ou, até, nem necessidade de recepção. Há, pois, efeito de algo que ocorreu *antes* da perfeição do negócio jurídico, efeito que seria errado considerar-se *pré-efeito,* ou *efeito preliminar.* Tratando-se de anulação por erro, por exemplo, é preciso atender-se a que o outro figurante (ainda o que se incluiu no 551

público, como se dá na promessa de recompensa) pode ter confiado na validade da manifestação de vontade, e assim tem a técnica jurídica de atender à situação em que se colocou o que teve prejuízo por

confiar (daí chamar-se interesse de confiança, *Vertrauensinteresse,* ou interesse negativo). Entendia O. Eãhr (Uber Irrungen im Kontrahiren, *JahrbUcher fOr die Dogrnatik,* 14, 422) que a reparação do interesse negativo seria impraticável; mas os tempos posteriores, com as aplicações frequentes, o contradisseram. A expressão "interesse negativo, *negatives Interesse,* deve-se a R. von Jhering (Culpa in contrabendo, *iahrbàcher fOr die Dogrnatik,* IV, 16 s.); as críticas foram fortes *(e.g.,* A. Simonius, "Uber den Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages" erwachsenen Schadens, *Zeitschrift fOr schweizerisches Recht,* 37, 225 s.), mas o uso do termo resistiu a elas.

2. *Prestação do interesse negativo.* O interesse negativo pode ter de ser prestado *a)* pela não-entrada do ato no mundo jurídico, ou *b)* pela entrada dele no mundo jurídico, mas invalidamente, ou *c)* pelo fato de se resilir o contrato bilateral (art. 1.092, parágrafo único), por falta de adimplemento, inclusive declaração do outro figurante de não querer cumprir. Também há ressarcimento de interesse negativo: *d)* quando alguém leva a outrem, por dolo (art. 95) ou violência (art. 101 e §§ 1ª e 2ª), a concluir negócio jurídico prejudicial; e) quando o procurador abusou da procuração (art. 1.297), desatendendo às instruções, mas sem exceder os poderes.

3. *Fundamento do dever de reparar.* A consciência jurídica assenta que o interesse negativo, em caso de ato não-sério, ou nulo, sendo causador o outro figurante, ou de ato jurídico anulado por erro, há de ser indenizado.

De lege ferenda, é indiscutível, quanto ao erro e ao não-sério. Se, porém, *de lege lata,* se estatui que deve ser indenizado, tem-se de saber qual o fato de que resulta que se criem ao manifestante da vontade o dever e a obrigação de reparar o interesse negativo.

(1)

A primeira justificação, que ocorreu aos juristas modernos, foi a do dolo *(teoria do dolo);* porém isso destoaria das fontes e das necessidades práticas, a que a regra jurídica há de satisfazer. Vem de Fr Mommsen *(Die Unmõglichkeit der Leistung,* 1, 122) detendo-se no exame da palavra *decipi,* que aparece na L.

62, § 1, D., de *contrahenda emptione,* 18, 1 (... *quod interfuit eius, ne deciperetur);* mas isso não bastaria para se fundar no dolo o dever de

reparar, menos ainda para se exigir o dolo como pressuposto necessário. Em nenhum dos textos do Digesto (L. 8, D., *de hereditate vel actione vendita,* 18, 4; L. 62, § 1, D., *de contrahenda emptione,* 18, 1; L. 8, § 1, D., *de religiosis,* 11, 7) se alude ao dolo. Mais ainda: na L. 62, § 1, e na L, 8. § 1, dá-se *actio in factum.* Nunca se trata da *actio do li,* que bastaria, se em dolo se fundasse o dever de reparar. Assim é de repelir-se essa interpretação delitual do dever de reparação (certos, H. Halben, *Uber den Schadenersatz aus nichtingen Vertràgen,* 22, e Wilhelm Greven, *Das nega tive \/ertragsinteresse,* 20-22).

Além disso, seria contraditório prover-se à anulação e admitir-se que o autor incorrera em dolo.

Na L. 15, § 1. D., *de contra henda emptione,* 18, 1 (Paulo), a espécie não interessa ao assunto (sem razão, 1k Drechsler, *Uber den Schadenersatz hei nichtigen Vertràgen,* 63; porém cedo, H. Halben, *(i,Tber den Schadenersatz aus nichtigen Vertrágen,* 18).

(2) A segunda justificação é a da culpa *(teoria da culpa).* Culpa, simplesmente; ou culpa *in contrahendo* de fração do suporte fático do contrato, o que também é estranho às fontes. O propósito da teoria é tornar a reparação do interesse negativo um dos casos de reparação contratual, sujeita aos princípios gerais, posto que o direito romano conhecesse exceções ao principio da culpa. Se havia tutela do tráfico de boa-fé, não se justificaria que, contra os textos, se insinuasse como pressuposto necessário o elemento da culpa. Demais, se o oferente morre antes da aceitação da oferta, têm os herdeiros de reparar o interesse negativo, e o fundamento da culpa seria absurdo. O próprio R. von Jhering (Culpa in contrahendo, *JahrbOcher for die Dogmatik,* IV, 92), que foi o autor da *teoria da culpa,* viu ai a pedra de toque, — uma das razões por que, mais tarde, a repeliu (R. von Jhering, *Das Schuldmoment,* 38, nota 73). Em verdade, a teoria dava esse efeito ao ato jurídico anulado, contra o principio romano *Negotium nullum nihil esse acti;* e, nos sistemas jurídicos modernos, em que o conceito de nulidade é diferente, restaria a absurda eficácia atribuida ao ato não-sério, que é inexistente em tantos casos.

Afastadas as teorias do dolo e da culpa, tinha-se de procurar explicação à reparação sem qualquer culpa A teoria da culpa às vezes pretende que exista *pactum de tractando,* — contrato tácito de garantia (B.

Windscheid, até a ed. do *Lehrbuch,* § 307; E Regelsberger, *Erórterungen,*

35; ainda, Ph. Heck, *Grundriss,* 124). Já em 1873, E Drechsler *(Uber den Schadernersatz bei nichtigen Vertràgen,* 60 s.) entendera que não se tratava de ficção. No direito das obrigações suíço, art. 26, em caso de anulação por erro, o autor só tem dever 551

de reparar o interesse negativo, se alguma negligência lhe é imputável *(aliter,* Código Civil alemão, § 122).

(3) Os juristas do século XIX tentaram distinguir efeitos definitivos e efeitos de frações, ou de fração dos negócios jurídicos. Ora, fração de negócio jurídico, tendo efeitos, já seria negócio jurídico *(teoria da fração)*.

A posterioridade e a maior complexidade do suporte fático não justificariam que se tivessem os suportes fáticos das chamadas frações como ainda não entrados no mundo jurídico: seria a contradição de eficácia sem o *ser,* de que essa eficácia irradiasse. Considerar sem o caráter de fato jurídico o que tem eficácia orça por admitir efeitos sem causa. A fração do suporte fático de negócio jurídico, de que partem efeitos, já é, necessariamente, suporte fático por si só, suporte fático que entra no mundo jurídico, onde possa ter efeitos. E

impossível raciocinar se com o critério somente quantitativo. A crítica que se fez aos chamados contratos preliminares, ou ficticios, pelos quais se explicaria a reparabilidade do interesse negativo, era procedente: nem a oferta, desde logo, é contratual, nem no é a que deriva da anulação do negócio jurídico por erro.

(4)

(a) A primeira teoria que exsurgiu, sem que se apoiasse na responsabilidade delitual, ou contratual, foi a que incluiu a obrigação nas *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur,* que passaram a ser algo de refugo, onde se pôs tudo que não cabia nos contratos e nos delitos *(teoria do quase delito)*. O

argumento a favor foi o de não-ser exaustiva a referência das Institutas, 3, 27, às *obligationes quasi ex contractu* (W. Greven, *Das negative Vertragsinteresse,* 25). O fundamento seria a existência de negócio juridico tácito entre os manifestantes de vontade, — desabusada ficção que por algum tempo seduziu a B.

Windscheid e a E. Regelsberger (contra, A. Bechmann, *Der Kauf,* 434). A isso preferiu W. Greven o fundamento de ser o tráfico baseado na boa-fé: exigiria o tráfico que respondesse pelo interesse negativo quem

causasse danos aos outros com as suas manifestações de vontade não-sérias, ou viciadas de erro (cf. J. Unger, *Handeln auf eigene Gefahr,* 38). A inclusão das espécies nas *obligationes quasi ex contractu* ainda chegou, periclitante, a nossos dias (e.g., H. Halben, *Uber den Schadenersatz aus nichtigen Vertrâgen,* 55).

Pouco adianta dizer-se, como H. Híldebrandt *(Die Erklãrungshaftung,* 225 s.), que o ressarcimento do interesse negativo, em se tratando de anulação do negócio jurídico por erro, deriva da lei, limitado às espécies previstas, ainda que se invoque analogia. Não disse, porém, qual o fato jurídico, de que ele resulta.

(b)

A *teoria da confiança,* em sentido estrito, vê como fundamento do dever de reparar a confiança que precisa inspirar o trato dos homens. Quando Hugo Donelo achou impossível que se tirasse do negócio jurídico nulo qualquer efeito de ação, não esteou a teoria; apenas, pela negação da teoria *(a),* abriu caminho àteoria *(b).* E de observar-se que alguns juristas dela lançaram mão para a hipótese de revogação de oferta (e.g., A. v. Scheurl, Vertragsschí unter Abwesenden, *Jahrbàcher for die Dogmatik,* II, 274 *5.;* H. Thôl, *Das Handelsrecht,* 1, 363); e outros deram formulação precisa à teoria da confiança.

(c) Tentou-se explicar a causa do dever e da obrigação de reparar o interesse negativo, em caso de inexistência jurídica do ato não-sério, ou da anulação por erro, como efeito da relaçao jurídica que *deveria nascer* da manifestação de vontade que não entrou no mundo jurídico, ou entrou mas foi anulado, por erro, o ato (E. Rabel, Vertrauensschaden, *Zeitschrift for Sweizerisches Recht,* 27, 324; A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* II, 600).

4.

Dever de reparar o interesse negativo, se há decreta ção de nulidade ou de anulação. O dever e a obrigação de indenizar o interesse negativo são independentes de ter havido, ou não, culpa do manifestante da vontade. Não se trata de exceção ao princípio da responsabilidade aquiliana (art. 159), nem ao princípio da responsabilidade por inexecução das obrigações (arts. 1.056-1.058), como pareceu, respeito àquela, a G.

Planck (Kommsntar, 1, 4ª ed., 296). Ainda nos sistemas jurídicos, que, como o suíço (Código Federal das Obrigações, art. 26), exigem ter havido negligência do que pede anulação por erro, não é na culpa que se baseia o dever de reparar o interesse negativo, — e sim no fato de invocar o próprio erro: portanto, trata-se de dever de reparação resultante de ato lícito, que é o pedido de anulação por erro. Deve-se afastar qualquer alusão à ilicitude do ato de errar; com maioria de razão, ao ato de pedir a anulação por erro. A responsabilidade é pelo fato licito; apenas se trata de dar solução equidosa à situação do réu da ação de anulação, que de modo nenhum teve culpa. Se nem autor nem réu tiveram culpa, a equidade impõe que sofra o prejuízo quem deu causa a ele. Se foi o procurador que comeTeil o erro, responde o autor da ação, ou representado, em virtude do art. 1.314, e não em virtude do art. 1.523,111. Aliás, seria contra os princípios gerais do direito e contra a equidade que se pedisse a anulação por erro do procurador, e não se ressarcisse o interesse negativo do réu, que confiou na validade do ato jurídico.

Se o negócio jurídico é nulo por incapacidade, não há pensar-se em reparação do interesse negativo; 551

porque: se se trata de ato de absolutamente incapaz, tal tutela jurídica do menor de dezesseis anos, do louco, do surdo-mudo, ou do julgado ausente, passa à frente da tutela do interesse negativo, posto que fundada essa em confiança e boa-fé (art. 145, 1). idem: se se trata de ilicitude ou impossibilidade coetànea ao ato que entrou, nulo, no mundo jurídico, se conhecia, ou devia conhecê-la o destinatário (art. 145, II); ou se se trata de pressuposto de forma ou de conteúdo, porque seria contraditório dar ação ao que figurou no ato infringente do *ius cogens,* ou que, pelo menos, devia conhecer o *ius cogens* (art. 145, III-"]). Todavia, se foi o outro figurante que só admitiu a forma insuficiente ou deficiente, o que teve prejuízo pode reclamar o interesse negativo.

5. *Fundamento da reparação, em caso de anulação.* Quem confiou na validade da manifestação de vontade e passou pela anulação do ato jurídico tem pretensão ao *interesse negativo,* — tal como aquele que confiou na manifestação não-séria de vontade. Tal reparação não se funda em culpa do que manifestou, erradamente, a vontade: o manifestante tem a ação de anulação, que lhe satisfaz, pois que se restabelece o que antes era, e ele preferiu isso ao adimplemento dos deveres e obrigações oriundos do ato jurídico, se se houvesse mantido; o que foi réu pode ter deixado de ganhar. Quem indeniza é o autor da

ação; e não o que causou o erro (representante, mensageiro). Nas manifestações receptícias de vontade, a ação de indenização cabe ao destinatário, ou destinatários. Em se tratando de estipulação a favor de terceiro, o que estipulou é que pode pedir indenização, não o terceiro (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 297). Em se tratando de manifestações não-recepticias de vontade, quem quer que confiou na validade do ato jurídico, e sofreu prejuízo, é legitimado a pedir o interesse negativo *(e.g.,* promessa de gratificação a quem achar objeto, se a transmissão, pela imprensa, ou pelo rádio, foi errônea e o promitente não tomou providências a tempo de evitar o dano; renúncia à propriedade, com erro quanto ao número da casa, ou, em geral, à caracterização do bem). E de se advertir em que a figura do art. 1.590, 1ª parte (quanto à renúncia da herança), não é de anulação, e sim de *impugnação,* dita retratação. A do art. 1.590, 2e parte (quanto à aceitação da herança), não é de anulação, e sim de revogação. Também nesses dois casos os prejudicados, exceto 05 credores, porque a lei deles cogitou com mais eficiência (arts. 1.586 e 1.590, *in fine),* podem pedir o interesse negativo, se a retratação (impugnação) da renúncia foi por erro, ou se houve revogação da aceitação da herança.

6.

Legitimação á ação de reparação do interesse negativo. Legitimado à ação para haver interesses negativos é o destinatário da manifestação de vontades receptícia, ou da comunicação de conhecimento, e não o terceiro. Nas manifestações não-receptícias de vontade, é legitimado quem quer que tenha sofrido o dano por ter confiado na validade da manifestação de vontade; *e.g.,* o que tem a promessa de recompensa e preparou-se para a prática do ato. Se o que seria legitimado conhecia ou devia conhecer a anulabilidade, não cabe a reparação *(ali ter,* em se tratando da restituição, segundo o art. 158). Não merece acolhida a opinião de E.

Danz (Verháltnis des lrrtums zur Auslegung, f *herings Jahrbocher,* 46, 423) sobre só se ter de levar em conta o conhecer ou dever conhecer a anulabilidade depois que a impugnação — no direito brasileiro, a citação —

chega ao que seria legitimado ao interesse negativo. A pré-exclusão do que conhecia ou devia conhecer a anulabilidade se funda na regra jurídica da L. 203, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17: “Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire“,

que é comum aos sistemas jurídicos. Aliás, é tautológico: se se tutela o interesse do que sofreu danos por confiar o que conhecia ou devia conhecer a anulabilidade por erro não confiou, ou não podia confiar; e, assim, está fora da definição de legitimado a haver interesse negativo.

7.

Em que consiste o interesse negativo. O interesse negativo consiste no que teria sido a situação do indenizando, se a manifestação de vontade do indenizante tivesse entrado no mundo jurídico tal como esperara o indenizando, ou tivesse entrado e tivesse sido válida, tendo-se cumprido, numa ou noutra espécie, as obrigações resultantes. Não se indeniza se o que confiou houvesse podido, desde o inicio, reconhecer que se não tratava de ato insuficiente à entrada no mundo jurídico, ou deficiente. Entram por exemplo no interesse negativo: os gastos para a conclusão do contrato, ou para a prática do ato a que se referisse a promessa do indenizante; os desembolsos devidos à crença em que o ato *entrara* no mundo jurídico, ou *entrara* e *valia* (não assim o que *se* gastou nos preliminares, minuta ou punctação do ato, quando ainda podia não se concluir), inclusive para formalidades registrárias ou quaisquer atos necessários à eficácia ou cumprimento, e os relativos a aquisições ou disposições que resultariam do ato em que se confiou, se justificados (excluídos, pois, os supérfluos, ou por capricho, E. Riezler, Zur Begrenzung des negativen Vedragsinteresses, *Deu tsche Juristen-Zeitung;* Lehnsen, Der Umfang des Vedrauensinteresses, *Deutsche iuristen-Zeitung,* 17, 1.404, bem como os feitos por incompetência); o custo a mais da aquisição que se teria realizado com o indenizante; o dano à coisa que o indenizando entregara ao indenizante, ainda se sem culpa (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 597), devendo-se advertir em que o indenizando só responde segundo o art. 158; todo dano que o 551

adquirente da coisa sofreu, devidq à posse ou à devolução (A. von Tuhr, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, *Aus rómischen und bOrgerlichen Recht,* 314). Se a coisa ia ser vendida por preço maior e a anulação o impede, tem-se de computar esse lucro impedido.

Tanto pode tratar-se de *dam num emergens* quanto de *lucrum cessans* (cf. W. Greven, *Das negative Vertragsinteresse,* 33).

Vê-se bem que o interesse negativo exclui positividades: o indenizante não é obrigado a prestar o que o indenizando teria tido, se o ato, em que confiou, tivesse entrado no mundo jurídico, ou tivesse entrado e valesse; o a que é obrigado é a reparar o que o indenizando perdeu, por ter confiado na juridicidade, ou na juridicidade e validade do ato (G. Planck, *Kommentar, Q* ed., 296; E. Riezler, em *J. v. Staudingers Kommentar,* 1, 7ª,e 8ª ed., 472; W. Brock, *Das negative i/ertragsinteresse,* 82 s. e 204). Na falta de regra jurídica que dê limite ao interesse negativo (ag., Código Civil alemão, §§ 179, alínea 2e, e 307, alínea 2ª),é de discutir-se se o interesse negativo pode exceder o positivo. A anulabilidade estaria eliminada, praticamente, se se permitisse que fosse além desse limite. Se é certo que a anulação não deve prejudicar ao outro figurante, também é certo que se não há de sobrecarregar o indenizante. O limite impõe-se, *a priori.*

A reparação pode ser pecuniária, ou *in natura.*

8.

Pressuposto necessário de não conhecer o que pede a reparação a causa da invalidade. Pressuposto necessário para que nasça a pretensão ao interesse negativo é o não conhecer, nem dever conhecer o figurante o erro que foi causa da anulabilidade. Mesmo porque, se conhecia, ou devia conhecer o erro, — ou a manifestação de vontade não entrou no mundo jurídico, ou entrou com o sentido que era o da vontade do manifestante, ou ele se expôs, de seu grado, à anulabilidade. Assim, o que conhecia o erro não pode pedir interesse negativo. A pretensão a interesse negativo nasce quando, intentada a ação de anulação por erro, começa a ser prejudicial ao destinatário o que fez, confiando na validade da manifestação de vontade. Daí corre a prescrição, que é de vinte anos (art. 179).

Assim, a pretensão à reparação de interesses negativos não se funda em culpa, inclusive na *culpa in contrahendo,* nem no ato jurídico, *que já está anulado* (se foi não-séria, não existiu sequer), nem em ilícito do art. 159, nem deriva da relaçao juridica que devia nascer válida (ou simplesmente nascer, em se tratando de falta de seriedade).

CAPITULO VI

A Capacidade e Validade

§ 384. A capacidade como pressuposto de validade em geral

1. *Capacidade e validade.* O primeiro pressuposto da validade, quer se trate de nulidade, quer de anulabilidade, é a capacidade civil, razão por que se há de tratar, em parte, como matéria comum. A capacidade de direito não é pressuposto da validade: ativa, ou passivamente, é o mesmo que personalidade. O

ato jurídico do que não é pessoa não-seria nulo *(=* não-válido *ab initio);* seria nada juridico, inexistente. Tudo se passaria no plano da existência. A capacidade de obrar, incluindo-se, pois, a capacidade de negócio e a de ato jurídico *stricto sensu,* é que épressuposto de validade. A capacidade delitual é estranha ao assunto; somente concerne a atos ilícitos.

Os elementos do suporte fático cuja existência é essencial àvalidade do negócio jurídico e, por vezes, do ato jurídico *stricto sensu,* são:

a) A *idade,* que é fixada conforme entenda o legislador, isto é, substituindo todo o qualitativo de pericias 551

psicológicas pelo quantitativo dos anos vividos pela pessoa; *e.g.,* art. 5ª: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: 1. Os menores de dezesseis anos"; art. 6ª: "São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, nº 1), ou à maneira de os exercer: 1. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156)" art. 1.627: „São incapazes de testar: 1. Os menores de dezesseis anos. Se o legislador houvesse deixado àverificação *in casu* a determinação da capacidade e da incapacidade absoluta ou relativa, seria absurda a sua atitude: perder-se iam tempo e esforços em se discernir, em cada caso, a existência ou não-existência do elemento do suporte fático; deixar-se-ia grande margem às controvérsias, permitir-se-ia perigoso arbítrio ao juiz (R. von Jhering, *Geist des rómischen Rechts,* 1, 5ª ed., 53 s.). Não se poderia dizer que tal regra juridica fosse *injusta* (unrichtiges Recht), como queria L. Brútt *(Die Kunst der Rechtsanwendung,* 186); mas evidentemente, na evolução do direito e da técnica jurídica, seria regra tecnicamente

ultrapassada.

b) A *normalidade da psique,* tomando-se como base a consciência lúcida do fim, objetivo e alcance dos próprios atos. Também aqui o legislador se encontrou em face de estados escalares, em número quase infinito, entre o *a priori* do são mental e o *a priori* do insano mental. A sua atitude ter-se-ia de informar de teorias psicológicas e psicopatológicas, e não só de fatos individuais. A matéria não se prestaria à quantificação, nem, sequer, a precisões conceptuais. Deu-se, por isso, a *busca à expressão mais conveniente;* e o Código Civil adotou uma delas, pouco feliz, para designar o que todos sabemos que ele tinha em exame: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: II. Os loucos de todo o gênero."

Quanto às interdições plenas, por toxicomania ou intoxicação habitual (Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, art. 29), nenhuma distinção se há de fazer entre elas e a interdição por incapacidade segundo o *art.*

59, 11. São uma das espécies dessa; os pressupostos de uma são os das outras; e a mesma a eficácia, inclusive quanto à parte da sentença que se refere ao tempo em que a incapacidade começou.

c) A *surdo-mudez* sem expressabilidade do pensamento. Também aqui não poderia o legislador preferir à quantitatividade técnica a qualitatividade natural. A perícia tem de dizer a última palavra; a terminologia jurídica não poderia passar de conceito que aludisse aos três elementos do suporte f ático: surdez, mudez, e inaptidão a exprimir-se, como efeito dos dois primeiros. Se falta o laço causal (surdo-mudez R

inexpressabilidade), a causa da inexpressabilidade é fisiopsíquica e a espécie entra na regra jurídica do art. 59, 11; e não na regra jurídica do art. 59, III: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade."

d) A *ausência, sem notícias, julgada e com eficácia* erga omnes. A pessoa que está *ausente* precisa, eventualmente, de quem cure dos seus interesses (e.g., Código de Processo Civil, art. 99, parágrafo único, sobre curador especial); se a ausência éduradoura, o direito tem de adotar providência para que os interesses do ausente não fiquem em desamparo. Aqui, os elementos do suporte fático da regra jurídica

sobre incapacitação seriam a ausência e o tempo: quanto à ausência, é *fato* que se tem de provar; quanto ao tempo, é *fato,* sim, mas envolve o problema da determinação do quanto temporal que baste para que a regra jurídica sobre incapacitação incida. Quando, no art. 59, se diz: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz", o conteúdo da regra jurídica é bem vago, pois não se aludiu ao tempo da ausência e se referiu à sentença, que o apreciou. Todo um capítulo do direito de família está subentendido (arts. 463-484): primeiro, há as regras jurídicas dos arts. 463-468, a que basta a ausência-fato atemporal; depois, as dos arts. 469, derrogado pelo art. 1.163, *caput,* do Código de Processo Civil, 470-480, que supõem a ausência-fato e o tempo de um ano; as dos arts. 481 derrogado pelo art.

1.167,11, do Código de Processo Civil, e 482, para as quais são de mister a sentença (fato) e o tempo de dez anos após o trânsito em julgado, ou os tratos de tempo de que cogitam os arts. 482 do Código Civil e 1.167, 111, do Código de Processo Civil; finalmente, além dos elementos referidos no art. 1.167, li, do Código de Processo Civil, os tratos de tempo e o pedido ou não-pedido de sucessão definitiva. A decretação da ausência contém apenas a apreciação dos fatos da ausência e da falta de noticias: o julgamento, que é constitutivo, negativo da capacidade, com o elemento declarativo do fato de estar ausente a pessoa. Não se pode dizer que se haja abstraído do tempo e se tenha satisfeito a lei com o fato atemporal da ausência, *mais* a falta de noticias A ausência não termina com a *successio praematura* (art. 1.163, *caput,* do Código de Processo Civil e arts.

470-480 do Código Civil); o que termina é a curadoria. O ausente, cujos bens já estão em sucessão provisória, não tem curador (Código de Processo Civil, art. 1.162,111), continua julgado ausente e, vindo-lhe alguma herança, ou outra aquisição, ser-lhe-á nomeado curador, a fim de se partilharem os bens pelos herdeiros provisórios.

e) A *intoxicação habitual.* As espécies *a, b, c* e *d* são de pessoas absolutamente incapazes de pessoalmente exercer os atos da vida civil; outras há que somente são incapazes quanto a *certos atos* ou *à*
551

maneira de os exercer. Quanto à idade já falamos sob *a),* volvendo a falar de distinção entre incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Restam a interdição dos *toxicômanos* e dos *intoxicados habituais,* quando considerados relativamente incapazes (evitemos dizer "equiparados", pois não se equipara o membro da classe à classe

toda), os *pródigos e* os *silvícolas.* Diz o art. 30, § 59, do Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938: "A interdição limitada importa na equiparação do interdito aos relativamente incapazes, assim como a interdição plena o equipara aos absolutamente incapazes, respectivamente na forma dos ads. 6ª e 59 do Código Civil." Além das duas figuras, o art. 30 admite terceira, certa incapacidade relativa mínima, durante a internação para tratamento, isto é, antes de qualquer das sentenças do art. 29 do Decreto-Lei nº 891. Lembra a figura da interdição do pródigo (art. 459), porém é menos do que ela; o art. 30 do Decreto-Lei nº 891 estatui:

"A simples internação para tratamento, bem como interdição plena ou limitada, serão decretadas por decisão judicial, pelo tempo que os peritos julgarem conveniente, segundo o estado mental do internado." E o § 39 diz:

"Decretada a simples internação para tratamento, o juiz nomeará pessoa idônea para acautelar os interesses do internado. A essa pessoa cuja indicação é facultada ao internado, ficam apenas conferidos os poderes de administração, salvo a outorga de poderes expressos nos casos e na forma do art. 1.295 do Código Civil, quando o juiz a autorize, de acordo com o laudo médico."

fl A *prodigalidade,* ou gasto do que tem, sem qualquer consideração, tendo família (cônjuge ou parentes da linha reta, consangilineos, art. 460; *de lege ferenda,* sem razão). Lê-se no art. 6ª: "São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, nº 1), ou à maneira de os exercer: II. Os pródigos." O assunto mais pertence ao Direito de Familia, onde se interpretam os ads. 6ª, II, e 460.

g) O *estado social de silvícola,* cf. art. 6ª: "São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, nº 1), ou à maneira de os exercer: III. Os silvicolas"; parágrafo único: "Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando àcivilização do país." Em vez dessa regra jurídica de ius *aequum,* que aludia à ascendente adaptação em continuidade, deixando todo o conteúdo da determinação do grau de desenvolvimento assimilativo à perícia, a Lei nº 5.484, de 27 de junho de 1928, redigiu regra de classificação técnica: *a)* silvícolas (ditos índios) nómades; *b)* silvícolas arranchados ou aldeados; *c)* silvícolas pertencentes a povoações indígenas; *d)* silvicolas pertencentes a centros agrícolas (conceito de direito administrativo) ou que viviam promiscuamente com civilizados (art.

2ª). Sob a Lei nº 5.484, os silvícolas das classes *a* a *c* tinham capacidade de direito e capacidade de disposição e de aquisição, inclusive *causa mortis.* Se dispunham negocialmente, entre-vivos ou a causa de morte, o mundo jurídico comum do Brasil recebia a sua vontade como suporte fático suficiente; se não havia vontade manifestada, a herança e a sucessão entre-vivos era a do direito da tribo (como regra-conteúdo do direito comum brasileiro). A regra-conteúdo ou a regra jurídica do Código Civil ou do Código Comercial, ou de outra lei de direito privado ou público, *incidia* conforme os princípios da teoria geral do direito brasileiro. A *aplicação* era feita pelo Inspetor do Serviço de Proteção aos Índios, em processo sem forma especial, no qual, excepcionalmente, mais se atendia àfunção de *pax* do que à de realização do direito objetivo, que, nos povos civilizados, passa à frente daquela. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, 1,13: "O sentido (e o escopo) do direito processual vigente foi posto em relevo, desde Adolf Wach *(Handbuch,* 1 11), como independente daquilo que têm por fito as partes; portanto, acima do próprio intuito de pacificação. A *realização do direito,* em que o Estado se interessa, é o que prima. Seja como for, a tutela da esfera jurídica dos individuos não vem no primeiro plano (E Bunsen, *Lehrbuch,* 1-3), e foram vitimas da antiga concepção, primitiva, correspondente ao símbolo das mãos cruzadas, K. Hellwíg *(Lehrbuch,* 1, 2) e tantos outros. Hoje, os estudos de etno-antropologia e de psicologia analítica vieram comprovar o que Wach apontara e se tirava da perspectiva histórica" (1, 82 e 402). O legislador brasileiro de 1928 teve certa finura em tratar as classes *a, b* e *c* com a concepção da justiça primitiva (Lei nº 5.484, de 27 de junho de 1928, art. 2ª: "Para os efeitos da presente lei, são classificados nas seguintes categorias os índios do Brasil: 1ª, índios nômades; 2ª, índios arranchados ou aldeados; 39, índios pertencentes a povoações indígenas; 49, índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados"; art. 3ª: "A qualquer índio das 1ª, 2ª e categorias é facultado o direito de dispor, como quiser, de seus haveres e designar o seu sucessor em qualquer função"; parágrafo único: "No caso de não haver as indicações necessárias ao cumprimento integral deste artigo, será respeitado qualquer meio tradicional de herança ou sucessão adotado pela tribo interessada, nunca a esse respeito intervindo autoridade alguma senão o Inspetor do Serviço de Proteção aos Índios ou seus auxiliares, e só para apaziguar os ânimos, porventura desavindos"). O intuito político de pacificação passa à frente, *somente aí,* do intuito político de realização do direito objetivo. Devido ao principio constitucional de que a lei não poderia, como não pode, excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual), a exclusão de outras autoridades

que o Inspetor do Serviço de Proteção aos Índios não podia abranger os juizes, se legitimados processualmente os que suscitavam a cognição judicial. Em todo o caso, o juiz tinha de atender, no tocante aos silvícolas das classes *a, b* e *c,* à regra de fontes e interpretação das leis que se continha no art.

551

39 da Lei nº 5.484. No direito atual, *sedes materiae* é a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que regra a situação fático-juridica dos silvicolas e das comunidades indígenas, para preservação de sua cultura e integração progressiva e harmoniosa à comunhão nacional.

A eles o direito material confere proteção jurídica, nos mesmos termos em que ela se dá aos demais brasileiros, resguardando-se os usos, costumes e tradições indígenas. Nessa diretriz, cumpre à União, aos Estados Federados e aos Municípios, bem assim aos órgàos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, estender aos indios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação; prestar-lhes assistência enquanto não-integrados á comunhão nacional; respeitar, ao proporcionar-lhes meios para o seu desenvolvimento, as peculiarídades inerentes à sua condição; assegurar-lhes a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência; garantir-lhes a permanência voluntária no seu *habitat,* proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso; respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes; executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indigenas; utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento; garantir aos silvícolas e comunidades indígenas, nos termos da Constituição de 1988, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes; garantir-lhes o pleno exercício dos direitos civis e políticos de que forem titulares (art. 2ª, 1 a X).

A Lei nº 6.001, no art. 49, 1-111, considera os índios *a)* isolados, assim entendidos os que vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com

elementos da comunhão nacional; *b)* em vias de integração, quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; *c)* integrados, se incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

COm exceção da classe *c),* os demais, à medida que ainda não-integrados à comunhão nacional, ficam sujeitos ao regime tutelar a que se reporta o Código Civil no art. 6ª, parágrafo único, e estabelecido no Estatuto do Índio.

Nesse regime tutelar aplicam-se, no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independendo, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória, incumbindo a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

A não-ser que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos, serão nulos os atos e negócios jurídicos entre ele, se não-integrado, e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena, quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente (art.

8ª e parágrafo único).

Segundo estatui a Lei nº 6.001, no art. 9ª, "qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes: 1 — idade mínima de 21 anos; II — conhecimento da língua portuguesa; 111

— habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV —razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional".

Nessa hipótese, após instrução sumária, e ouvidos o órgão de

assistência ao índio e o Ministério Público, o juiz emitirá a sentença, que se concessiva será registrada no registro civil.

Satisfeitos esses, e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda limitação à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja registrado no registro civil.

De acordo com o art. 11 do Estatuto do índio, "mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido 551

em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional", preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 9º.

Outrossim, na Constituição de 1946, art. 216, estatuiu-se que "será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem". Na Constituição de 1967 com a Emenda nº1, de 1969, disse-se no art. 198 que "as terras habitadas pelos silvi colas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes".

Acrescentou-se no § lº: "Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas." E no § 2ª: "A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do índio."

A Constituição de 1988, no art. 231, regra que "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens". No § l~: "São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis á preservação dos recursos ambientaís necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições."

No § 2ª: “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.” No § *3ª*: “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.” No § 4ª:

“As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.” No

§ 5ª: “É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.” No § 6ª: “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito àindenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.” E no § 7ª: “Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 39 e 49”

No art. 232 estatui que os índios, suas comunidades e organizações são legitimados *ad causam* ativos para deduzir em juízo pretensões e ações de direito material pei-tinentes a seus interesses, com a intervenção do órgão do Ministério Público em todos os atos do respectivo processo.

O texto do § 2ª respeita a “posse” do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da *permanência.*

O juiz que conhecer de alguma questão de terras — no juízo federal, porque é dele a competência para a cognição e composição de “disputa sobre direitos indigenas” (Constituição de 1988, art. 109, Xl) — deve aplicar a regra jurídica, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exiba título de domínio. Desde que há posse e a permanência ou *localização permanente,* a posse da terra é do nativo,

porque assim o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas ou em que se achem, permanente-mente localizados e com posse, os silvicolas, é nula, porque as terras que tradicionalmente ocupam, segundo a Constituição de 1988, art. 231, são inalienáveis e indisponíveis (§ 4ª). Os juizes não podem expedir mandados possessórios contra silvícolas que tenham posse permanente, "salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do Pais, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco" (Constituição de 1988, art. 231, § 59, 2e parte).

A redação do art. 231 e seus parágrafos é sem terminologia científica e sem a necessária técnica legislativa. Fala-se de posse permanente (§ 29, de habitação (§ 1ª), que há de corresponder, entenda-se, a essa posse, e de usufruto "exclusivo" das "riquezas do solo, dos rios e dos lagos" existentes nessas terras. Cogitou-se, no texto de 1988, de inalienabilidade — além de indisponibilidade —„ como estava explícito no de 1946, diversamente do de 1967. A proibição de alienação tem como consequências: *a)* a nulidade absoluta de 551

qualquer ato de disposição, incluídos os que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (uso, fruto, garantia real, locação); *b)* não há usucapião contra o silvícola, ainda que vintenário (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, art. 38, 1ªparte); c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, por infringirem texto constitucional. A proteção da posse, que se atribuiu, não é só a que teria qualquer pessoa que se tivesse feito, segundo o sistema jurídico brasileiro, no direito privado, possuidor. A posse de direito privado é posse que tem a tutela jurídica das ações possessórias, conforme a espécie de ofensa (turbação, esbulho, ameaça de violência iminente) e o tempo (menos de ano e dia, mais de ano e dia). O texto constitucional não cogitou da duração da posse, nem, sequer, do limite temporal para se reputar permanente. Tem-se de entender a residência, com a posse que não se há de reputar transitória *(quaestio fact 1).* Os silvícolas têm a tutela jurídica à pretensão à defesa da posse, como qualquer outro possuidor (art. 232); mas a sua posse não está sujeita a limite mínimo de tempo, desde que se haja satisfeito o pressuposto da *permanência,* que é ligada à *residência.*

Há, porém, outros problemas. A posse é *imediata* (direta), e *imprópria,* não a titulo de proprietário. O

silvícola é usufrutuário, com posse imediata de usufrutuário. No texto de 1988 alude-se à inalienabilidade; e o usufruto, conforme os principios do sistema jurídico brasileiro, é intransferível. O silvícola não o pode transferir (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, art. 18). Há a transmissão à causa de morte. A transmissão entre-vivos a filhos ou outros parentes é a titulo precário.

O usufruto pleno é, compreende o uso e a fruição, quer se trate de minerais, de vegetais ou de animais (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, art. 24).

Segundo a Constituição de 1988, art. 231, § 6ª, 1ª parte, "são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes". Então, são nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição, e.g., de 1934 (a Constituição de 1891 omitiu-se nesse regramento da posse das terras pelos silvícolas), se à data da promulgação havia tal posse. O registro anterior de propriedade é título de propriedade sem uso e sem fruição.

A posse do silvícola pode ser alegada como pressuposto para usucapião.

A ação que os índios, suas comunidades e organizações (Constituição de 1988, art. 232) têm, ou a União, através do serviço de proteção, para fazer valer o que se estatui no art. 231, § 2º é *declaratória.* Cabem, porém, as demais ações mencionadas no art. 231 *(v.g.,* para demarcação administrativa das terras que tradicionalmente ocupam, segundo a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, art. 19), e, se houve desapossamento, as ações de posse e a de vindicação, com a particularidade de ser pressuposto necessário e suficiente a prova da posse anterior, além da intervenção obrigatória do órgão do Ministério Público (Constituição de 1988, art. 232, parte final). Outrossim, se houve transferência de tais terras, cabem as ações constitutivas negativas contra os títulos e contra os registros (Constituição de 1988, art. 231, §§ 49 e 6ª), invocáveis os ads. 860 do Código Civil, 212-213 e 216 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

2.

Mulher casada não é incapaz. A mulher casada não é incapaz, ainda relativamente. O Código Civil, art. 6ª, incluía-a entre os relativamente incapazes: „São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, 1), ou à maneira de os exercer: II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal." O Código de Processo Civil de 1939 (art. 82) não havia cogitado da incapacidade da mulher casada, atendendo, assim, à melhor doutrina, já assente.

3.

Conseqüências da incapacidcide absoluta. A incapacidade diz-se *absoluta* quando é para quaisquer atos; no que o absolutamente incapaz praticar há deficiência grave inicial *(* = marcando, sem tempo, o suporte fático, no mundo jurídico), de modo que, tratando-se de negócios jurídicos, a sanção é a de nulidade, ou a irresponsabilidade, tratando-se de atos ilícitos (delitos). Como os absolutamente incapazes têm personalidade e, pois, capacidade de direito, é preciso que, em lugar deles, se ponha, segundo regras jurídicas, pessoa que os *represente* (representação legal, que éaquela que não emana de negócio jurídico do representado, nem de antecipação da representação negocial).

4.

Consequências da incapacidade relativa. A incapacidade diz-se *relativa* quando só o é para alguns atos jurídicos; razão por que os interessados é que devem apontar a infração das regras jurídicas especiais a 551

essas pessoas. No fundo, incapacidade parcial, a que se fez corresponder a sanção de anulabilidade *(* = ação atribuida a alguém para anular o negócio jurídico; portanto nulidade eventual, inexistência após o trânsito em julgado da sentença). Percebe-se bem o resíduo histórico, o dualismo de invalidades, que suplantou a dualidade dos sistemas jurídicos romanos (direito civil, *ius clvi le,* e direito pretório) e se acentuou no direito pós-romano.

Lê-se no art. 84: "As pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores, ou curadores em todos os atos jurídicos; as relativamente incapazes, pelas pessoas e nos atos que este Código determina." O absolutamente incapaz é representado. O relativamente incapaz, assistido. Quem manifesta a vontade éesse, e

não aquele que, de acordo com a lei, só o assiste. A assistência legal está para a assistência negocial como a representação legal está para a representação negocial. Pode-se estabelecer, em negócio jurídico, por exemplo, que, para determinados negócios jurídicos de empresa, se tenha de exigir o assentimento de determinado credor, ou empresa-sócia. Na discriminação dos negócios jurídicos em que o relativamente incapaz precisa de assistência, a técnica legislativa emprega diferentes critérios: negócios jurídicos *interuivos* e negócios jurídicos *causa* mortis (arts. 1.627, II, e 6ª, 1); negócios jurídicos de administração e negócios jurídicos que excedem a isso (cf. art. 459; Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, art. 30, § 3º).

Quanto à idade, as leis fixam a em que não há e a em que há capacidade, segundo aquele critério de quantitatividade, para substituir qualidade, que é um dos mais prestantes da técnica legislativa. Não importa se corresponde, ou não, à realidade; e; nenhum poder tem o juiz para corrigir, in *casu,* o que a regra jurídica adotou. Houve redução simplificadora, a que o legislador procedeu, dos próprios elementos do suporte fático: todo o qualitativo da incapacidade natural, substituído pelo quantitativo da incapacidade de obrar, todo o qualitativo da incapacidade natural relativa, pelo quantitativo da incapacidade natural relativa. E essa redução, eliminando todo pormenor e, até, toda negação do que a regra jurídica sobre capacidade supõe (capacidade natural, por exemplo, do menor de dezesseis anos, art. 59, 1), veda qualquer cognição judicial que não seja quanto ao cômputo dos anos completados.

5. *Quando se apreciam* os pressupostos *de validade.* Pode dar-se que, entre a conclusão e o começo da eficácia do negócio jurídico, medeie lapso de tempo, ou devido à vontade dos figurantes (condição suspensiva ou termo inicial) ou a condicio *iuris* da eficácia *(e.g.,* disposições testamentárias, doação com referência a casamento futuro). Discutindo-se a que momento se hão de apreciar os pressupostos de validade, chega-se às seguintes conclusões: *a)* Os pressupostos concernentes à capacidade civil de quem promete, ou é destinatário do negócio jurídico, ou dispõe, são os do momento da formação do negócio jurídico, sem importar a capacidade ou a incapacidade superveniente, pois a sentença que fixa, *ex* tunc, a eficácia da interdição combina declaração e desconstituição, desmentindo a capacidade que acaso se haja afirmado.

li) Os pressupostos para que se exerça algum poder de mandato, ou de

representação, hão de existir, não quando se cria o poder, mas sim quando se exerce. *c)* A capacidade de direito de quem édestinatário do negócio jurídico, a existência e a juridicidade do objeto (não-ser extracomércio), e a idoneidade objetiva negocial (ser vendido, trocado, empenhado etc.), têm-se de verificar assim no momento em que se conclui o negócio jurídico como desde aquele em que começa de ter eficácia. Os arts. 1.668, 1, e 1.669 têm explicação: no art. 1.668, 1, há o *arbiter,* mais do que fiduciário, com relação obrigacional alternativa subjetiva ativa; no art. 1.669, regra interpretativa. Embora ciente da morte do representado, ou da sua interdição ou mudança de estado, o representante tem de cumprir o negócio já começado, se há perigo na demora (art. 1.308); e valem, quanto aos contraentes de boa-fé, os atos com eles ajustados em nome do representado, enquanto o representante ignorava a morte daquele, ou a extinção do poder, por outra causa (art. 1.321). *c)* As ofertas (propostas de contrato, arts. 1.079-1.086) ou são sem prazo, ou são com prazo para a aceitação, ou a recepção da aceitação. Feitas sem prazo à pessoa presente, ou pelo telefone, — a morte, ou incapacidade, ou mudança de estado, só é relevante se ocorre imediatamente após ela: a aceitação imediata à morte seria tardia (art.

1.081). Feita sem prazo à pessoa ausente, tem-se de verificar se a morte, incapacidade, ou mudança de estado, ocorreu antes ou após „tempo suficiente" para a chegada da aceitação ao conhecimento do oferente (art. 1.081, 11). Trata-se, em verdade, de prazo, que a lei dispositiva fixa, em *ius aequum,* ou lato, em vez de em *ius* strictum. Se, feita à pessoa ausente, com prazo fixado negocialmente, a resposta não foi expedida dentro dele (art. 1.081, III), ou, se assim estabeleceu o oferente, dentro dele não lhe chegou a aceitação, a oferta cessa. A morte ocorrida durante o prazo para a ciência do oferente, ou dentro do "tempo suficiente" segundo o art.

1.081, II, é, de regra, inoperante; só é pré-excludente da perfeição do contrato se, *in casu,* é de entender-se que essa fora a intenção do oferente (arg. ao art. 1.080). As soluções que a lei adotou atendem a que há o suporte fático do negócio jurídico da oferta, o suporte fático do negócio jurídico da aceitação e o suporte fático, com 551

formação sucessiva, do negócio jurídico bilateral. A aceitação é irrevogável desde que se faz a declaração, salvo se tem, no caso do art. 1.083, ou outro semelhante, de ser tratada como nova oferta: se a morte, incapacidade, ou mudança de estado, ocorreu depois de decorrido o prazo que a oferta lixara, o art. 1.085 não incide; se ainda se está dentro do prazo para a aceitação, ou para ela chegar, o aceitante pode revogá-la (art.

1.085), ou o podem seus herdeiros ou representantes legais. Dá-se o mesmo no caso do art. 1.084, isto é, se o negócio jurídico bilateral for daqueles em que se não costuma exigir aceitação expressa, ou o oferente a dispensou: pois que, aí, se conclui o negócio jurídico bilateral "se não chegar a tempo a recusa". Se a morte ocorre antes, aos herdeiros ou representantes cabe recusarem a tempo; se o não fazem, conclui-se o negócio jurídico.

6.

Incapacidade e capacidade superveniente. O problema de ser válido o negócio jurídico se a capacidade sobrevém à incapacidade ao tempo da conclusão dele, põe-se mais claramente, perguntando-se: se, ao tempo da conclusão do negócio jurídico, faltava o pressuposto de validade, ~tal falta fica suprida se ocorre depois a capacidade? Têm-se de separar as espécies concernentes à nulidade e as espécies concernentes à *anulabilidade,* para que os argumentos a propósito de uma não se levantem, incabíveis, a propósito da outra. O

nulo, ainda se o quer quem deu causa ànulidade, de modo nenhum se faz válido. *A fortiori,* a simples superveniência não poderia ter essa conseqüência. O problema reduz-se ao de se saber se, sobrevindo a capacidade e a vontade de validar, se dá a validação. Mas a resposta negativa de pronto se impõe, porquanto, se ao que era capaz e continuou de o ser não se permite, em verdade, ratificar *(* = validar), com maioria de razão se era incapaz ao tempo da conclusão do negócio jurídico. A insanabilidade voluntária do nulo é um dos axiomas da teoria das nulidades. O que leva o público a pensar em validação do nulo é a confusão com o preenchimento do défice nos negócios jurídicos anuláveis e com a superveniência do elemento necessário àeficácia. A essa última não se forrou o próprio A. von Tuhr *(Der Allqemeine Teil,* II, 275, nota 18), tão atento, de ordinário, à distinção entre nulidade e eficácia: falou de se equiparar, praticamente, ao nulo o ineficaz cujo aperfeiçoamento se mostra pouco provável (í"ser pouco provável" não é "não-será"!); e de se tratar como nulo o ato de disposição (não se confunda, nem A. von Tuhr confundiu, com a promessa de dispor, *e.g.,* contrato de venda e compra da coisa alheia), se é negado o consentimento, por ser improvável a eficacização (A. von Tuhr confundiu com a convalescença). Em qualquer dos casos, há ineficácia, a que se segue a eficacização pela aprovação ou pela aquisição da coisa. E sempre perigoso, por intuitos práticos, dispensar-se a precisão de conceitos. Por isso mesmo, o contrato de venda e compra de bem imóvel, se

alheio, é ineficaz quanto à transmissão; eficaciza-se com a aquisição pelo vendedor. Não é nulo. O contrato de venda e compra de bem móvel, alheio, é ineficaz, quanto à transmissão; eficaciza-se com a aquisição pelo vendedor.

O ato de disposição de bem imóvel pelo não-dono, sem que o dono aprove, é imperfeito, ou é inane, — não é nulo; se o dono vem a aprovar (consentir), ou se o disponente do alheio vem a adquirir a propriedade, perfaz-se. Em todo o caso, se foi registrada a disposição, opera-se a transmissão da propriedade imobiliária (art, 530,1) ao primeiro adquirente, se de boa-fé, e aos posteriores, sem inquirição de boa-fé, porque têm por si a fé pública do registro. O ato de disposição do bem móvel, pelo não-dono, ao adquirente de má-fé, sem que o dono aprove, não entra, segundo o direito brasileiro, no mundo jurídico (art. 622): inexiste, não é nulo. Se o adquirente estava de boa-fé, existe, é incompleto e, pois, ineficaz: eficaciza-se pela aprovação pelo dono da coisa móvel, ou se o que alienou vem a ser dono. Não há por onde se pensar, embora só praticamente, em ser nulo: é incompleto (assim se há de entender o art. 622, 2ª parte). Falar-se de ratificação, confirmação, revalidação etc., seria inadequado, tanto mais quanto fora admitir-se sanação voluntária do nulo. Negócio nulo é nulo para sempre e desde o começo. Nem o que deu causa à nulidade, por incapacidade, do negócio jurídico, pode, tornando-se incapaz, *querer* e *validar* negócio jurídico nulo, nem o tempo pode ter, ai, efeito convalescente. A denúncia nu]a não se faz válida se a causa de nulidade desaparece, inclusive se faltava o fundamento à denúncia que teria de ser “cheia” (e.g., arts. 1.226 e 1.2291. O adimple mento não valida o nulo; o que se pagou pela divida nula é repetivel; se coisa móvel (art. 622, parágrafo único) reivindicável; repetível~ ainda contra o terceiro que adquiriu, a titulo gratuito ou de má-fé , se imóvel o bem (art. 968, parágrafo único), posto que, se eficaz o ato de transmissão, irreivindicável (art. 530, I).

Se o figurante quer ou se os figurantes querem que se produzam os efeitos que o negócio jurídico, se não fosse nulo, *teria* produzido~ tem ou têm de concluir novo negócio jurídico. Com essa conclusão de outro negócio jurídico, posterior, o negócio jurídico nulo não se valida: continua nulo, como fora desde o inicio.

Nunca teve eficácia, nem passa a tê-la. Não é dele, mas do novo negócio jurídico, a eficácia, que ele teria tido e não teve, nem tem, nem pode vir a ter. Ocorre, porém que alguns figurantes, sem conhecimento da natureza da nulidade, entendem que lhes é dado validar o nulo. Dizem, então, que o confirmam, ou que o ratificam, ou

usam de outro termo, semelhante, mas, como esses, impróprio ao que resulta da nulidade e da sua insanabilidade pela vontade posterior. Ou o direito toma a esse novo ato jurídico como nulo, ou não deixa ao
551

ato entrar no mundo jurídico ou salva dele o que é suporte fático suficiente, desde *agora.* A última solução técnica é a melhor: qualquer que tenha sido o nome *iuris,* o negócio jurídico novo produz os seus efeitos, se não é, por alguma razão, também nulo. Para isso, é preciso: a) que se haja concluído o novo negócio juridico com o reconhecimento da nulidade do anterior, reconhecimento que há de ser dos que nele tomaram parte, ou, pelo menos, dos que tomam parte do negócio jurídico novo (se subjetivarnente divisível), pois só o reconhecimento deles substitui a decretação da nulidade, judicialmente; b) que o novo negócio jurídico reitere, pelo menos, o conteúdo do negócio jurídico nulo, e as declarações de vontade podem ser simples remissão ou cita, salvo se em algumas delas estava a causa da nulidade; *c)* se o negócio jurídico era unilateral e recepticio, que se dirija a outra pessoa e a ela chegue, ou, se plurilateral~ que o acordo seja de todos os figurantes; d) se formal o negócio juridico, que o novo negócio jurídico satisfaça o pressuposto formal de validade, ainda se o anterior não satisfez, não bastando remissão ou cita do texto infringente; se aformal, basta a satisfação dos requisitos comuns aos negócios jurídicos, ainda se o negócio jurídico nulo adotara forma mais rigorosa. O

momento decisivo para se apreciarem os pressupostos de validade, materiais e formais é o da conclusão do novo negócio jurídico: se cessou o que era causa de nulidade, ou deixou de ser, legalmente, causa de nulidade, não se há de exigir ao novo negócio jurídico o que se teria de exigir ao negócio jurídico anterior.

A eficácia do novo negócio jurídico é só sua, ainda quando se haja remetido, valídamente, ao texto do negócio jurídico nulo. Sobre ser, ou não, dado aos figurantes estabelecerem efeitos anteriores à conclusão do novo negócio juridico, é falsa questão: não se trataria de efeito retroativo do negócio jurídico, ou retroeficácia, e sim de prestação que *iguale* aquilo que teria sido prestado se o negócio jurídico tivesse sido, ao invés de nulo, válido. Se há dúvida quanto à intenção dos figurantes (prestar desde o momento que teria sido o da eficácia do primeiro negócio jurídico, ou só desde o momento da eficácia do novo negócio jurídico), tem-se a primeira intenção comá a dos figurantes; e não importa se se trata de negócio jurídico

plurilateral, ou não, mas a recepção é de exigir-se nos negócios jurídicos unilaterais. Ademais disso, épressuposto da celebração do negócio jurídico novo, para que se entenda alusivo ao anterior, nulo, que o figurante ou figurantes do novo negócio jurídico conheçam a nulidade do anterior. Fora daí, é outro negócio jurídico, que de modo nenhum

"reconhece" a nulidade do outro; nem quer que os efeitos sejam os mesmos, posto que os queira *iguais,* porque então seria negócio jurídico de reconhecimento do outro negócio jurídico (sujeito à anulabilidade por erro, ou à ação de enriquecimento injustificado). Tampouco, há negócio jurídico alusivo ao nulo quando o novo negócio jurídico é para adimplemento das obrigações do outro.

Para que valha o novo negócio jurídico, em se cogitando de nulidade do outro por ilicitude, ou impossibilidade, ou infração de regra jurídica cogente, é preciso que, ao tempo do negócio jurídico novo, a causa de nulidade haja desaparecido.

§ 385. Capacidade civil e atos jurídicos stricto sensu

1. *Capacidade, pressuposto de validade* dos atos *jurídicos* stricto sensu. Os sistemas jurídicos costumam conter regra em que se diz que, para a validade dos "atos jurídicos", se exige capacidade civil; cf. art. 82: "A validade do ato juridico requer agente capaz (art. 145, 1), objeto licito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)"; art. 145: "É nulo o ato jurídico: 1 — quando praticado por pessoa absolutaménte incapaz (art. 59)"; art. 147: "É anulável o ato jurídico: 1 — por incapacidade relativa do agente (art. 6ª)".

Assim, deixou a lei de dizer *quais* os atos jurídicos para cuja validade se requer capacidade civil. Intervém o conceito de negócio jurídico; não o de ato jurídico que tem no suporte fático declaração de vontade, mas o de ato jurídico em que há manifestação de vontade, embora não declarada, desde que a entrada desse suporte fático no mundo jurídico foi *querida* como categoria. Negócio jurídico é o ato jurídico pelo qual se quis que fosse negócio jurídico o ato. Se, pois, admitimos que há negócios jurídicos em que o elemento volitivo pode não-ser (ou não é)

declaração de vontade, como a derrelicção, surge o problema de se saber se "ato jurídico", a que se exige capacidade civil, é qualquer negócio jurídico. A resposta é afirmativa, o que de si só já faz sem dificuldades largo setor do direito privado. Mas há os atos jurídicos que não são negócios jurídicos, ainda em sentido amplo. Por exemplo, a interpelação, a procuração com caução de rato (Código de 1939, art. 110; *alter,* Código de 1973, art. 37, 3ª parte), a constituição de domicilio, E há os atos-fatos jurídicos, como a tradição da posse (art. 520, II), a apreensão da coisa ou o exercício do direito (art. 493, 1 e 11). Os que adotassem o 551

conceito do art. 82 como ato jurídico = negócio juridico, teriam de recorrer à analogia, invocando os arts. 82-85 *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Allgemeíne Teil,* II, 360); não assim, os que adotam, com acerto, o conceito ato jurídico = negócio jurídico + ato jurídico stricto sensu. De modo que o problema se limita àqueles atos jurídicos que não entram no conceito de negócio jurídico. Naturalmente, têm-se de distinguir os atos jurídicos *stricto sensu* e os atos-fatos jurídicos. Quanto àqueles, quase tudo se passa como a propósito dos negócios jurídicos. Quanto aos atos-fatos jurídicos, não *(e.g.,* entrega da posse). A opinião de V. Bruns *(Besitzerwerb durch Interessenvertreter,* 82 s.), que exigia a capacidade negocial (arts. 5ª e 6ª), ainda em se tratando de atos-fatos jurídicos, passou a E. Brodmann (em G. P!anck, *Ix'ommentar,* III, 4ª ed., 40),a A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teil,* II, 361), e a E. Zitelmann (Ubereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, *Jherings iahrbúcher,* 70, 23 s.), bem como a P. Klein *(Die Rechtshandlungen im engeren Sinne,* 103) e a L.

Raape (Gebrauchs- und BesitzOberlassung, *iheriqs Jal-z rbrJcher,* 71, 160 s.). Certos, admitindo, quanto à entrega corporal da posse, que os absolutamente incapazes a possam fazer, ainda a absolutamente incapazes, os *Motive* (III, 348), Martin Wolff (Sachenrecht, *Lehrbuch,* III, 8ª ed., 32) e outros. Não é preciso capacidade negocial no que entrega, nem no que adquire. Os atos-fatos jurídicos são fatos jurídicos, porém não atos jurídicos. Louco pode pagar.

2. *Inteligência dos arts. 493,111, 493, parágrafo único, e 82 do Código Civil.* O Código Civil, art. 493, parágrafo único, diz: "E aplicável à aquisição da posse o disposto neste Código, arts. 81 a 85." A regra jurídica, que aí se formula, não considera a aquisição da posse negócio jurídico; o parágrafo único do art. 493

só se refere ao art. 493, 1H *(verbis* „pOr qualquer dos modos de

aquisição em geral"), isto é, a outros modos de aquisição que a apreensão da coisa, ou o exercício do direito (art. 493, 1), ou o fato de se dispor da coisa ou do direito (art. 493, II). Clovis Bevilacqua *(Código Civil comentado,* III, 18), exprobrando a intrusão desse parágrafo único do art. 493, oriundo da Comissão do Governo, fez bem em advertir que, "se a posse é o estado de fato, correspondente ao exercício da propriedade ou de seus desmembramentos sempre que esta situação se definir, nas relações jurídicas, haverá posse". Mas, de *lego lata,* distinguiu-se da entrega da posse o "modo" negocial de adquirir.

3. *Atos-fatos jurídicos e capacidade.* Os atos jurídicos que não entram na classe dos negócios jurídicos, nem dos atos jurídicos *stricto sensu,* são atos humanos que produzem fato, sem que seja preciso que o fato jurídico tenha sido querido. Já ai ressalta a diferença entre atos juridicos negociais, os atos juridicos stricto *sensu* e os outros, *atos-fatos* jurídicos: esses entram na classe dos fatos jurídicos, não são negócios jurídicos, nem atos jurídicos stricto *sensu.* E o caso da especificação (arts. 611-614; cf. P. Klein, Die *~echtshandItiflgefl im engeren Sinne,* 34; E. Brodmann, em G. Planck, *Rorrimentar,* III, 4ª cd., 412 s.); da *achada* de coisa perdida (arts. 603-60nº); do *descobrimento de tesouro* (arts. 607-610); do ato praticado em *estado* de *necessidade* (art.

160, II); dos atos de inversão de despesas em benfeitorias necessárias e custeio com conservação, funcionamento ou exigências fiscais etc. Tais atos-fatos jurídicos, porque não são *posterius* de manifestação de vontade, nem de comunicações de conhecimentos ou de sentimento, podem ser praticados por Incapazes: o que entra no mundo jurídico, portanto suficienté e não deficitariamen te, é o fato simples, embora ato humano.

No plano do fato, há fato, praticado pelo homem, e não *negotium,* nem ato *stricto* sensu; mais: é esse ato, como fato, que se juridiciza, e dele, juridicizado, se irradia a eficácia. (E de corrigir-se o que diz A. von Tuhr, *Der Aligerneine Teil,* II, 111: "De tais atos emana resultado ático independente da ordem jurídica, do qual a lei permite sair eficácia jurídica"; os atos têm conseqüência fática, mas a lei, incidindo sobre eles, ou sobre eles e suas conseqüências, como é o caso da especificação, torna-os fatos jurídicos: daí, desse fato juridico, é que sai a eficácia jurídica.)

Os sistemas jurídicos, que representam cabedal inestimável de

intuições e experimentações humanas, com os fatos da vida e as relações inter-humanas, tratam a esses fatos sem levar em conta a vontade dos agentes. E-lhes indiferente que se tenha querido, ou não, o fato jurídico, que resulta do ato; menos ainda os seus efeitos. Tais efeitos ocorrem ainda que não tenham sido queridos, porque o ato é fato jurídico, ainda que não se haja querido o ato (fático) ou a sua juridicização. Dai, pela parecença de tais atos com as coisas *(res),* serem chamados atos reais; ou, por serem natureza pura, e não psique, *atos naturais;* ou por não-serem ligados com a internidade do homem, atos *puramente externos.* São atos humanos; porém é como fatos, e não como atos, que entram no mundo jurídico.

551

§ 386. Proteção aos incapazes

1.Sanções *de nulidade e de anulabilidade a favor de incapazes.* Os incapazes são protegidos por leis nulificativas ou anulativas *(=* que dão sanções de nulidade e anulação), com as suas consequências próprias, inclusive a do art. 158 ("Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes deles se achavam, e não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente"). O direito romano tinha a *restitutio* in *integrum:* exercendo o seu imperium, o magistrado restabelecia a situação anterior, rompendo quaisquer empecilhos jurídicos que encontrasse; em vez da *actio,* que é tendente ao respeito do direito, a *restitutio in integrum* restabelecia o estado anterior, desbaratando direitos, pretensões, ações e exceções. Esses atos

"contrários a direito" passaram a ser, nos casos em que cabiam, atos resultantes de *ius singulare.* O que era contrariedade a direito passou a ser acorde com o direito. Refez-se, a tais golpes, o sistema jurídico. A *rcstitu tio minorum* foi obra da Lex *Praetoria,* para os que tivessem menos de vinte e cinco anos, contra o contraente que os enganasse (ação delitual privada, para L. Pfaff e F. Hoffmann, *Fragmentum der* fórmula Fabiana, 38

5.); o Pretor estendeu-a aos maiores e admitiu, conforme o seu exame, a restituição in *integrum* aos menores, ainda que não houvesse existido

dolo do outro contraente, se prejuízo lhe adveio do negócio jurídico. Em vez de se ter de examinar o caso, para se ver se era de ser dar a *restitutio in integrum,* o Pretor generalizou a favor desses menores a regra jurídica que antes fora apenas contra o dolo.

2. *Restituição segundo os princípios gerais e restituição* in integrum. O art. 8ª diz: "Na proteção que o Código Civil confere aos incapazes não se compreende o benefício da restituição." Importa dizer-se que, decretada a nulidade do ato jurídico, ou a sua anulação, não há benefício a favor dos incapazes: a restituição a que se refere o art. 158 *(verbis* "restituir-se-ão , -opera-se, porque o art. 8ª não é regra jurídica de exceção ao *art.* 158; é regra jurídica de abolição de instituto, regra jurídica que explicita não se poder tirar do sistema jurídico do Código Civil regra jurídica não-escrita sobre *restitutio* in *integrum* dos incapazes.

3.

*Princípio da preponderância da tutela do incapaz e as exce*ções *a ele.* A respeito de incapacidade, é prímacial o princípio *da preponderância da tutela do incapaz;* se alguma regra jurídica o limita, é excepcional. Não há, portanto, pensar-se em principio da preponderância da tutela do tráfico jurídico, ou, sequer, em princípio de equilíbrio de tutelas do incapaz e do tráfico jurídico, — tais princípios foram apenas sugestões políticas. O direito procura proteger os fracos, até onde lhe pareça que não se hão de considerar atos ilícitos absolutos os atos que eles pratiquem. A tutela do tráfico jurídico, especialmente a tutela do terceiro, vem em segunda plana e somente existe onde já se não justifica a tutela dos fracos. Argumentou-se que seria absurdo que se permitisse ao vendedor de bilhetes de loteria reaver o bilhete premiado; que vendera ao absolutamente incapaz, e pois recusar-se ao pagamento (E. Strohal, Streifzúge, *(Jherings Jahrbúcher,* 28, 346), ou que o negócio jurídico nulo, mas vantajoso para o absolutamente incapaz, nao pudesse ser ratificado por ele, após a capacidade (Konrad Cosack, *Lehrbuch,* 1, 8ª ed., 168 s.) Mas, ali, há aquisição de posse, e o art.

493, parágrafo único, só se refere àaquisição que não é pela simples apreensão da coisa (cp. art. 493, 1, e 485); aqui; haveria a repetibilidade, dependente da ignorância do outro figurante, e admitir-se a ratificabilidade feriria princípios que tais casos esporádicos não poderiam solapar. Se o absolutamente incapaz pagou

o bilhete, podendo, faticamente, dispor do dinheiro (alguém lho deu para adquirir o que quisesse), não há repetibilidade. No direito suíço, alcançou-se alguma composição, com a permissão ao juiz de condenar a pessoa incapaz, que causou o dano, a indenizar, no todo, ou em parte (Código suíço das Obrigações, art. 54, alínea 1ª), a condenar o demandado, que, em estado de incapaádade, em que por culpa foi posto (art. 54, alínea 2ª) e a aplicar a regra jurídica dos deveres de correção (Código Civil suíço, art. 2º) Percebe-se algo de inserção, no direito privado, do que, em direito criminal, se refere às *actiones liberce* in *causa.* No direito inglês, antes da *inquisition,* o incapaz pode adquirir as coisas necessárias, inclusive serviços, conforme os seus hábitos, atendendo ao interesse do incapaz (cf. Chesbire e Fifoot, *Cases on the Law of Contract,* 252 S.); mas, ao se ter de definir a figura, uns recorrem ao conceito de contrato implicado *(implied contract)* e outros ao de *quasi* ex *contractu,* para se fundar a pretensão do outro figurante ao preço.

4. *Atos válidos "por meio" do absolutamente incapaz.* No direito brasileiro, o absolutamente incapaz, a quem o representante ou alguém dá dinheiro, compra validamente, sempre que se pode entender que o dinheiro lhe foi dado *para* isso. Assim se elimina a questão de valer, ou não, a compra de coisas de pequeno valor ou necessários à vida diária, ou conforme os seus hábitos e no interesse do incapaz, que torturou e ainda tortura 551

alguns juristas (R. Leonhard, *Der Alígemeine Teil,* 259, nota 5; A. Manigk, *Das Anwendungsgebiet,* 211, e *Willenserklãrung und Willensgeschàft,* 566 5.; E von Hippel, *Das Problem der rechtsgeschãftlu* cben *Privatautonomie,* 116 s., e 119 s.); bem como se torna discussão acadêmica a que se levantou em torno da relevância transindividualística dos negócios jurídicos, ainda nos sistemas jurídicos fundados no individualismo *(e.g.,* Brandt, *Verkehrssícherheut und Geschãftunfàhugkeut,* 61 *5.;* W. Búrgi, *Ursprung und Bedeutung der Begriffe "Treu und Glauben" u. "Billigkeit",* 178 *5.;* Tasche, Vertragsverhãltnís nach nichtigem Vertragsschluss?, *Jherungs Jahrbúcher,* 90, 101 s.). No próprio mundo dos fatos quem dá dinheiro ao louco, ou ao surdo-mudo, ou ao menor de dezesseis anos, para que o gaste, o torna como o núncio *em proveito próprio,* que não fosse incapaz. Acolhendo-se o que se passa na vida, evita-se o pendor da certas doutrinas a tudo dinamitar, a pretexto de evitar soluções tidas por aberrantes. Não éassim que se opera a evolução técnica do direito; e foi bem mais prudente o Código Civil russo, arts. 31 e 148. Também a solução que se entendeu dar no Código Civil italiano, art. 428, é de

infelicidade a toda prova: para se obviar às dificuldades, criou-se anulabilidade dos atos dos absolutan.2nte incapazes se há prejuízo para eles, — o que é subversão, psícanaíítícamente apontada por nós, a outros respeitos, com que os regimes reacionários dão escapada à necessidade de revolução ou de reforma. Ficou-se em terreno em que não *há* e *há* vontade de ato jurídico. Não é assim que se tutela o tráfico jurídico. O legislador procurou solução, mas a que preço! A procura de nexo causal entre prejuízo ao incapaz e enfermidade da mente, sem se atender a que o outro figurante pode, até, ter conhecido a incapacidade, e a admissão de anulabilidade por "falta" de vontade, isso sim, é mais do que aberrante. Contradiz, também, os arts. 1.104, 1º e 1.418 do próprio Código Civil italiano.

Nos sistemas jurídicos tradicionais, a solução émais eqúidosa: volta-se ao primitivo estado; e o figurante que agiu com culpa pode ter de indenizar o prejuízo, segundo o art. 159. Alguns juristas italianos, vemos, agora, se insurgirem contra a regra jurídica dinamitante dos princípios *(e.g., G.* Stolfi, *Teoria dei Negozio giuridico,* 20

5.; Carusi, *La Causa* dei Negozi *giuridici,* 65 5.; além de outros, que vieram, de muito, acutilando o projeto).

O ato jurídico é nulo, por incapacidade do agente, porque — àdiferença do ato jurídico anulável — não há, nele, o mínimo de vontade, que se exige para se tratar a manifestação de vontade como tendo existido. Fala, aí, A. Manigk *(Das rechtswirksame Verhalten,* 92), de falta de pressuposto, que atinge, profundamente, o suporte fático, — falta, entendamos, de elemento *inteiro* do suporte fático. Nos atos jurídicos anuláveis, há falta de *fração* do elemento fático. Há vontade do incapaz por idade, maior de dezesseis anos, no ato jurídico em que figurou; mas a sua vontade mesma é fração, a que se precisa adicionar a vontade do titular do pátrio poder, do tutor, ou do curador. Porque lhe só falta isso, é anulável o ato; porque só lhe falta isso, atingindo a capacidade, pode o próprio agente, tornando-se capaz, ratificar (art. 148), e a própria pessoa que deveria assistir, pode, depois, dar o seu assentimento; porque só lhe falta isso, havendo o adimplemento, ainda parcial, e conhecendo o vício o que se tornou capaz, entende-se escusada a ratificação expressa (art. 150).

5.

Outros atos de necessidade. Pode dar-se que o absolutamente incapaz haja de praticar atos jurídicos necessários a si mesmo ou a outrem,

como o louco que, vendo alguém afogar-se, compra a crédito a corda que possa lançar ao que está a imergir-se. Tratarse-ia de ato jurídico *stricto sensu,* se pensássemos em gestão de negócios; mas o caso é de negócio jurídico por estado de necessidade (cf. art. 160, II), que se tem de considerar nulo, porém suscetível de, como ato de invasão da esfera jurídica de outrem, indenizado o dano pelo que se beneficiou com o ato do louco, ainda se ele mesmo (arts. 1.519 e 1.520). O empréstimo feito ou tomado pelo absolutamente incapaz é nulo. Não pode ele saber qual o ato jurídico que está a praticar, nem quais os efeitos e as consequências. O direito o tem como em solidão espiritual (expressão de R. Stammler, *Das Recht der Schulduerhálnísse* 16s., cf. *Theorfe der Rechtswissenschaft,* 246), pela impossibilidade de ajustar as suas representações às dos outros seres humanos e agir de acordo com essa adaptação. Se bem que, em certos casos, *ainda* possa ou já possa dialogar, o que há, nele, é o ante-homem, o monólogo.

Se o titular do pátrio poder, o tutor ou o curador do absolutamente incapaz *admite* que esse preste serviços, recebendo salário, ou percentagem, ou outro proveito, há representação legal do absolutamente incapaz. Se *(a)* o ato do absolutamente incapaz não foi de dispêndio de dinheiro que lhe deram para gastar *(=*

prática de atos pelo doador, ou pelos doadores), espécie em que há posição de núncio para o absolutamente incapaz, mas *(b)* foi ato que ele praticou, sabendo-o ou devendo sabê-lo o seu representante legal, o ato é do representante legal, porque, ai, o absolutamente incapaz apenas serviu de núncio e de produtor de serviço, ou obra, como o animal ou a máquina. Não se precisa conturbar o direito, em seus fundamentos principais, para se resolverem tais problemas. Se *(c)* o absolutamente incapaz, na última espécie, não tem representante legal, ou seu ato é necessário àvida ou não no é. Se o é, temos de o ter por ato-fato jurídico, como a achada de tesouro (art. 607) e a especificação (art. 611), a aquisição dos salários, gorjetas, ou percentagens; e como abandono do trabalho, ato-fato jurídico, à semelhança do abandono da Posse, o serviço prestado, Consequências: na espécie *a,* a compra de bebidas, que causem queda e ferimento ao absolutamente incapaz, dá ensejo à ação 551

do incapaz contra o dador do dinheiro, ciente da incapacidade como se o incapaz fora núncio; na espécie *b,* pelo incêndio do automóvel, em que trabalhava o absolutamente incapaz, contratualmente *(e.g.,* art. 1.056, ou não responde o representante legal, (art. 1.521, 1), conforme os pressupostos; na espécie *c,* não se pode pensar em qualquer infração de obrigação negocial, nem em indenização por ato

ilícito absoluto.

6. Intervalos lúcidos. No direito brasileiro, afastou-se que alguém, que seja louco e que tenha intervalos lúcidos, pratique, entre eles, atos válidos. Tal atitude do legislador brasileiro não nega — no mundo fático, que é aquele em que se põe a resposta à questão „estava a pessoa durante intervalo lúcido, quando praticou o ato?"

— que possa havê-los; apenas, atendendo-se à dificuldade de tal prova, máxime se já falecido o absolutamente incapaz, não se permite que se levante, no mundo jurídico, a questão. Tem-se de responder, tão-só, à questão sobre estado permanente: ~é, ou não, absolutamente incapaz a pessoa de que se trata? Não importa se já houve, ou se não houve interdição. Aliás, no sistema jurídico brasileiro, o ato jurídico do absolutamente incapaz é nulo, quer ele o tenha praticado antes ou depois da interdição. A interdição por incapacidade absoluta é, no direito brasileiro, decisao constitutiva, com forte carga de declaratividade, — não constitui a incapacidade, declara-a imediatamente *(****):* declara a incapacidade absoluta preexistente e constitui o regime interdicional. Nisso, distingue-se da decisão *incidenter,* afirmativa da incapacidade (declaratividade ~

em qualquer processo, trate-se de ação declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, ou executiva, em que se possa discutir e se discuta se alguém é absolutamente incapaz, ou não.

7.

Pagamento ao incapaz. No art. 936, diz-se não-ser eficaz o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, salvo se o devedor provar que em benefício desse reverTeil o pagamento. A eficácia é dependente do proveito. No direito brasileiro, qualquer pagamento ao incapaz, se o devedor não conhecia a incapacidade, ou não devia conhecê-la, é eficaz. O pagamento é ato-fato jurídico; não é negócio jurídico, nem, sequen ato jurídico se *stricto sensu.* Por isso mesmo, não se exige a capacidade de quem recebe, nem a de quem paga. Não se pode dizer que o art. 936 discrepe, em qualquer ponto, do principio da preponderância da tutela do incapaz. O que se passa é que se abre brecha à própria eficácia do ato-fato jurídico do pagamento, atendendo-se a que o devedor conhecia a incapacidade e devia atender a que o seu ato tinha de ser subordinado, quanto à eficácia, à utilidade do credor incapaz. Aí, não há somente preponderância da

tutela do incapaz, há regra jurídica, nova, de tutela contra o devedor ciente da incapacidade.

§ 387. Incapacidade e contagiação

1. *Invalidade, contagiaçâo, legitimação ativa.* Se, por ser indivisível o objeto do direito, ou da obrigação comum, há contágio da nulidade ou da anulação a todo o negócio jurídico (art. 153), a nulidade ou anulabilidade é invocável por qualquer dos figurantes, ou por terceiro, em proveito próprio. Se não há contágio e o que se criou de direito a um dos figurantes, ou de obrigação a um deles, e não a outro, é nulo, essoutro não pode pretender que lhe aproveite a invalidade objetiva e subjetivamente parcial. Se há contágio, mas a nulidade ou anulação é subjetivamente parcial, o que não é o tutelado pela lei não pode alegá-la, porque, *ex hypothesi,* quanto a ele, não há contágio. Tais situações, consideradas fora da técnica do art. 153, pouco se prestam á formulação de regras jurídicas. Tentou-o Coelho Rodrigues, no seu Projeto, art. 314: "A incapacidade de uma das partes não pode ser invocada em benefício de outra, salvo se ambas forem solidárias, ou se o objeto de seu direito ou obrigação comum for indivisível." Os inconvenientes de tal regra seriam evidentes. Exatamente, se solidária a obrigação, o devedor demandado não pode alegar o que é pessoal ao codevedor (art. 911): nada mais pessoal que a incapacidade. O Código Civil, art. 83, apenas estatuiu: "A incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio, salvo se for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum." A incapacidade absoluta é causa de nulidade, pode ser invocada por qualquer interessado (art. 146) e é decretável de ofício (art. 146, parágrafo único); a incapacidade relativa, somente pelos figurantes ou protetores pode ser invocada e não se aprecia de ofício (art. 152). A alegação por outro figurante, que não seja o que deu causa à anulabilidade (incapacidade relativa), não poderia ser feita de modo nenhum. O art. 83 não se reporta a ela; ainda que indivisível o objeto do direito ou da obrigação. Quanto à nulidade, há interesse do outro figurante em argúi-la, se o objeto é indivisível. O art. 83 resolve-se, pois, em regra jurídica sobre interesse; não diz mais do que: o figurante, que não deu causa à nulidade, não pode alegar a nulidade por incapacidade de outro figurante, em proveito próprio, se o objeto é divisível; se é indivisível, sim, pois é um dos interessados a que se refere o art. 83.

A capacidade para atos juridicos, incluída, pois, a capacidade negocial, de modo nenhum se há de confundir com o *poder de dispor*. Tem poder de dispor quem está em tal relação com a esfera jurídica, de que há de sair o bem da vida, que o seu ato tem o efeito que o agente quer que se produza. A pessoa capaz pode vender a coisa alheia, e vale o contrato de venda e compra; mas, porque não tem o poder de dispor, não lhe pode transferir a propriedade. De regra, pode dispor quem é titular do direito; donde dizer-se que o poder de dispor jaz no conteúdo mesmo de cada direito, se é disponível. Todavia, há, a cada passo, *(a)* limitações e *(b)* restrições ao poder de dispor; e atribui-se *(c)* poder de dispor a pessoas que não são os titulares do direito de que se dispõe. Limitação ao poder de dispor ocorre quando a lei limita o poder jurídico (e.g., faz inalienável a particulares o prédio; não admite que o bem de interesse histórico seja alienado *à* pessoa não domiciliada no Brasil, o que contém e pois é mais do que limitar a exportabilidade). Restrição ao poder de dispor dá-se quando por ato negocial alguém se obriga a não dispor do bem, ou a só dispor de certo modo, ou a não dispor de cedo modo. Se é a lei que cria a obrigação, alude a que permite, implicitamente, a disposição, e preferiu a técnica da restrição à técnica da limitação. Se há violação do dever de não dispor, ou de só dispor de certo modo, ou de não dispor de cedo modo, ou há a reparação do dano, ou a aplicabilidade da pena, ou uma e outra conseqüência.

Limitação somente há quando falta ao titular o poder de dispor, ou se pré-exclui tal poder sem a observância de exigências. Contudo, não se confundem com os obstáculos à prática de algum ato, como empenhar o móvel o proprietário que não tem a posse, ou hipotecar o imóvel o dono que não consta do registro de imóveis como tal.

A limitação e a restrição ao poder de dispor podem ser ocasionais, como acontece, em relação ao bem de família, ou em relação à massa falida quando ao falido, ou em relação aos bens arrestados e sequestrados quanto ao dono deles, As vezes, a limitação só se refere à exigência de assentimento de outrem (e.g., disposição de bens imóveis, tratando-se de cônjuges; cobrança do crédito dado em usufruto, ou em direito de garantia, para a qual é de mister assentimento do usufrutuário ou do credor em caução).

Mais uma vez devemos frisar que é gravíssimo o erro, encontradiço em alguns escritores e em acórdãos, entre capacidade de ato jurídico *stricto sensu* ou negocial e falta ou limitação ao poder de dispor. A capacidade negocial é protegida por algumas regras jurídicas que dão à prática de negócios jurídicos, em caso de falta de capacidade, a sanção da nulidade, ou da anulabilidade. A prática, a despeito da limitação e da restrição ao poder de disposição, é de conseqüências no plano da eficácia. Se a limitação foi ditada no interesse gera!, não há pensar-se em pós-eficacização, salvo se lei posterior ab-roga a lei limitativa. Se foi ditada no interesse de terceiros, o ato jurídico assentinte do terceiro, ou dos terceiros, a favor de quem se limitou o poder de dispor, eficaciza o ato de disposição originariamente ineficaz. Tal assentimento se parece com o do titular do pátrio poder, tutela, ou curatela, porém não se identifica com ele; principalmente, em sua função posterior ao ato jurídico. Se há falta de assentimento de outrem, — o assentimento do titular do pátrio poder, tutela, ou curatela, retira a anulabilidade; o do terceiro, ou dos terceiros, nas espécies de que falamos, torna-o eficaz em relação a ele, ou a eles. Por isso mesmo, se o que vendeu a coisa alheia, vem a ser dono, a póseficacização opera-se, automaticamente: quem quis sem poder ter efeito contra terceiro o ato de disposição, adquirindo a coisa, *assentiu,* antes, na pós-eficacização, porque deixou de haver terceiro. O poder de disposição, à diferença da capacidade de ato jurídico *stricto sensu* ou negocial, concerne ao plano da eficácia. O negócio jurídico anulável por falta de capacidade não se torna válido se o figurante adquire capacidade: é preciso que a pessoa tornada capaz o ratifique. Se há limitação ou restrição do poder de dispor, cessa a ineficácia se cessa a limitação ou restrição.

O poder de dispor somente pode ser limitado por lei. O que o titular do direito pode é assuMir o dever de não dispor do seu direito. Se viola o dever, que assumiu, responde por perdas e danos. O ato dispositivo não deixou de ser possível; é válido e eficaz. O dever de não dispor é assumido, em direito das obrigações, pelo titular do direito, sem eficácia a respeito de terceiros.

A proibição de dispor pode partir do juiz, nas espécies previstas por lei (e.g., penhora, arresto, seqUestro).

Não é bem proibição legal, como pretendia A. Brinz *(Lehrbuch,* 1, 490); nem se pode dizer que ora seja legal, ora negocial, como sugeriu E. Bócking *(Pandekten,* 1, § 138, nota 5), o que a excluiria como terceira espécie.

Não se trata de proibição legal, porque, para o juiz, a lei é simples regra jurídica, que tem de aplicar, observando pressupostos materiais e formais (inclusive processuais); nem de proibição negocial, pois a vontade privada não entra aí sem ser no que respeita à petição; nem há proibição judicial de dispor se o juiz aprecia a cláusula negocial de se não dispor (cf. A. Kirschbaum, *Das richterliche \Ieràusserungsuerbot,* 8).

551

Tem-se ainda de discutir se a proibição judicial é objetiva ou subjetiva. Que seja subjetiva, sustentava C. G.

von Wächter *(Pandekten,* II, § 120). Em verdade, porém, a subjetividade está na petição do interessado. A eficácia da proibição judicial é real. No direito comum, invocavam-se a L. 12, D., de *usurpationibus et usucapionibus,* 41, 3, e a L. 7, § *59,* D., *pro emptore,* 41, 4, em que se viu o problema do lado do terceiro adquirente (não poderia usucapir), mas atendendo-se a estar de má-fé (cp. L. 6, D., *de verborum* obligationibus, 45, 1). Em verdade, opera-se a ineficásio do ato de disposição (confusão com o conceito de nulidade, em A. Kirschbaum, *Das richterliche* Veràusserungsverbot, 17). A doutrina do direito comum foi assaz caótica, a respeito da sorte do negócio jurídico pelo qual se dispõe da coisa a que judicialmente se proibe a disposição. Pense-se em que foram pela nulidade E Schrõder *(Zur Lehre von den gesetzlichen Veràusserungsverbot,* 20 s.), J. Robler *(Gesammelte Abhandlungen,* 222 s.) e A. Randa *(Das Eigentumsrecht,* 191, nota 23); pela validade, se há boa-fé no adquirente, A. von Vangerow *(Pandekten,* 6ª ed., 630), Brandis (Uber absolute und relative Nichtigkeit, *Zeitschrift Júr Civilrecht und Prozess,* VII, 181 s.), G. E Puchta *(Vorlesungen,* 1, 286), Lauck (Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen Veràusserungsverboíe, *Zeitschrift fúr Civilrecht und Prozess,* V, 2) e Ch. Fr. GlUck *(Erlàuterung der Pandekten, X,* 41-51). A questão seria no plano da existência, devido à concepção romana da *nullitas;* posta no plano da validade, já era anacrônica. No direito contemporâneo, trata-se de questão do plano da eficácia: a proibição ao juiz torna ineficaz qualquer disposição (cf. W. Oelschlãger, *Die Vindikation der* gegen *em gesetzliches Verbot veràusserten Sache,* 17, em torno da Novela 61, cap. 1, § 1ª). Não há nulidade do ato de disposição, nem do negócio jurídico de direito das obrigações.

A pós-eficacização pode dar-se por ato de ratificação (ratibiação) do

dono do negócio, ou pela aquisição do direito pelo que ineficazmente dispôs dele. A ratificação (ratiabição) pode dirigir-se ao disponente (ratificação interior) ou ao adquirente (ratificação exterior). Pode ser tácita; *e.g.,* se o dono da coisa que outrem vendeu exige ao comprador o preço. O que adquiriu a coisa ao não-dono pode provocar a manifestação do dono da coisa, notificando-o do ocorrido (arg. ao art. 1.334, referente à notificação do dono do negócio pelo gestor).

Para se dispor de direito alheio, é de mister *a)* poder especial, que a lei, de acordo com a Constituição, confira, ou *b)* de outorga de poder de representação, ou c) de poder de representação legal. Na espécie *a,* a disposição é em nome próprio; nas espécies, *b* e c, em nome de outrem. Quem vende não dispõe da coisa, obriga-se; razão por que se pode vender a coisa alheia. O ato de disposição, esse sim, seria ato de disposição sem poder de disposição. E preciso não se confundir o dever de dispor e o ato de disposição.

Têm poder de disposição sobre bem alheio: *a)* o cônjuge, que dirige a sociedade conjugal, quanto aos bens consumíveis, e qualquer deles quanto aos bens que se destinam à economia doméstica, no que lhe toca *(e.g.,* o dinheiro que se destina a compras pela mulher); *b)* os titulares do pátrio poder, tutores e cura-dores, quanto aos bens que, dentro dos seus poderes, são alienáveis por eles; *c)* os inventariantes, testamenteiros, síndicos e administradores de patrimônios especiais, quanto aos bens que, dentro dos seus poderes, são alienáveis por eles; *d)* o credor pignoratício, se o devedor lhe autorizou a v?nda (art. 802, VI, 3ª parte), de modo que a alienação é em nome próprio (K. Hellwig, *Wesen rind* subjektive *Begrenzung der Rechtskraft,* 99; H. C. Hirsch, *Die (iibertragung der* Rechtsausúbung, 239); *e)* se a coisa que tem de ser consignada não pode ser depositada, por sua natureza, ou estado, ou se poderia perecer, devido ao depósito, ou seria extremamente dispendioso depositá-la, pois o poder de disposição passa a quem tem de depositá-la, embora se tenha de exercer mediante pedido ao juiz; *f)* o possuidor, com direito de retenção, quanto à coisa retida, à semelhança do que se referiu em *e;* g) o usufrutuário de patrimônio (art. 714, *verbis* "em um patrimônio inteiro, ou parte deste"), quanto à satisfação de credor do patrimônio; h) quanto aos direitos de que se pode dispor sem se precisar de indicação do titular, a autorizaçâo *para dispor* da poder de dispor, — *o* que de modo nenhum se confunde com a outorga de poder de representação. E preciso que se não confunda a autorização para dispor e a outorga de poder de representação para dispor. Entre o autorizante e o autorizado há relação jurídica, subjacente, que determina para que fins se há de exercer o poder de

disposição; porém a autorização, se não foi restringida por deveres e obrigações explícitas ao autorizado, que tenham de ser conhecidas de terceiros, é *abstrata,* de modo que a violação dos deveres e obrigações, que acaso existiam, não na atinge.

Quanto a *e,* estabelece o art. 1.113, do Código de Processo Civil: "Nos casos expressos em lei e sempre que os bens depositados judicialmente forem de fácil deterioração, estiverem avariados ou exigirem grandes despesas para a sua guarda, o juiz, de ofício ou a requerimento do depositário ou de qualquer das partes, mandará aliená-los em leilão." Note-se a referência a "requerimento do depositário ou de qualquer das partes".

Já vimos, no vol. 11, § 195, nº 2, que, se é certo, como é, ficar ao juiz, após qualquer medida constritiva, o 551

decidir sobre a deposição do bem penhorado, arrestado, seqUestrado, ou depositado, é possível a venda em justiça de mão própria, se compostos alguns requisitos para tal venda. Mostramos que *o* direito romano tinha a deposição e a derrelicção, porém não tinha a venda em justiça de mão própria, *o* que constituiu passo além na evolução de direito. Sob o influxo germânico, a venda tornou-se judicial (R Hirsch, *Zur Reuision der Lehre vom Glàubigerverzug,* 87; E Kop[, *Das Hínterlegungsverhôltnis,* 5). A construção de E Th. Ulrich *(Die Deposition und Dereliktion,* 93, nota 4 e 18 s.), que lançava mão da *negotiorum* gest *lo,* é de repelir-se; o direito romano não conhecia a venda nas espécies pré-consignativas (W. Theilemeyer, *Der Selbsthilfeverkauf,* 19; R. Haver, *Der Selbsthílfeuerkauf,* 39), ato que se não confunde com a consignação do apurado, porque é incidente anterior ao processo de consignação (L. Beer, *Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung vom Schuldverbindlichkeiten,* 15). O credor continua com direito à prestação da coisa, dependendo do julgado o efeito que teria, nos casos ordinários, a decisão no processo de consignação. A responsabilidade é pela prestação da coisa, e não (erro de Martin Sohm, Der Selbsthilfeverkauf, *Zeitschrift* 11h *das gesamte Handelsrecht,* 53, 137) pelo enriquecimento injustificado.

No direito brasileiro, o achador que teme que a coisa pereça, ou sofra dano a que não se deva expor a coisa achada, ou que reputa excessivos os gastos de conservação, tem de entregar a coisa, desde logo, à autoridade pública, ou responde como gestor de negócios. Não temos o § 966 do Código Civil alemão, que dá ao achador o poder de dispor. Os atos de disposição do locatário quanto aos frutos, de que tem o

gozo, não são em exercício de poder de disposição da coisa alheia, como parecia a A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* II, 378), mas poder de disposição da coisa própria.

O que tem por fito obter do dono da coisa que não a aliene pode alcançar o resultado, que deseja, mediante outorga, pelo Proprietário, de direito de opção, que, em se tratando de bem imóvel, é registrável. Se tal interessado é o alienante, pode introduzir condição resolutiva da propriedade imóvel, caso o adquirente o vá alienar a outrem, ou se é penhorado ou arrestado, ou seqUestrado o bem. Tal condição não torna nulo o contrato de alienação do imóvel (cf. art. 647; *aliter,* no direito alemão, § 925, alínea 2ª).

O que não é dono do imóvel, ou titular do direito real, e consta como tal do registro, não tem poder de disposição, embora pareça tê-lo. A aquisição por aquele a quem foi dito transferir-se o direito é originária, devido à fé pública do registro (art. 530,I).

Pode ocorrer que o ato de quem tem poder de disposição extinga direito alheio. Se o credor solidário cobra a dívida, extingue-se o crédito dos demais credores solidários (art. 900); idem, se suscita novação, remissão ou compensação da divida (art. 900, parágrafo único).

Se o não-titular, que dispôs, sem ter poder de dispor, dispôs duas ou mais vezes do mesmo direito, o dono pode ratificar qualquer dos atos, a seu talante. O direito formativo gerador, que tem o dono do negócio, é para qualquer dos atos praticados. A ratificação é irrevogável e tem retroeficácia. Se foi negada a ratificação, a ineficácia do ato de disposição torna-se definitiva. Nenhuma ratificação pode sobrevir. A tese de que o direito formativo gerador (que é o de ratificar) persiste, a despeito da recusa a ratificar, é insustentável. Todavia, não se confundam a recusa e a comunicação de que, salvo melhor exame, não ratifica.

A pós-eficacização pode ocorrer pela aquisição, pelo disponente, não titular, do direito, de que se dispôs.

Evitemos falar de convalidação (não se trata de invalidade); nem de convalescença (não se trata de curar-se).

Pôs-eficacização é que é o termo. Tal pós-eficacização se distingue daquela que resulta da ratificação por ter retroeficácia (E. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 99, 125) e não depende de que a tenha querido o disponente sem poder de dispor. Se a cessão do crédito foi feita sem poder de dispor (~ de cessão), o devedor pode compensar com o cedente sem poder de dispor, quanto aos créditos anteriores à pós-eficacização em virtude de cessão válida e eficaz ao cedente. Não assim, se o titular do crédito ratificou a cessão pela pessoa sem poder de dispor.

Tais princípios sobre a pós-eficacização também incidem se o dono da coisa penhorada, arrestada ou sequestrada aliena àquele contra quem se dirigiu a medida constritiva, É necessário observar-se que o Estado somente pode limitar o poder de dispor se o faz em lei e se essa lei, no que limita, não fere a Constituição. A proibição negocial de alienação (em geral, de disposição) só se permite no plano obrigacional; só a lei lhe pode conferir eficácia real. A promessa de não dividir a propriedade, ou de não se afastar da comunhão, por tempo maior de cinco anos, é nula (arg. ao art. 629, parágrafo único, e art. 145 II); a promessa que se refira a cinco anos, ou menos, é permitida e pode registrar-se, uma vez que o art, 629, parágrafo único, éregra de direito das coisas. Registrada, tem eficácia real. No art. 630 diz-se que, se a indivisão for condição 551

estabelecida pelo doador, *ou* testador, se entende que o foi somente por cinco anos. O art. 629, parágrafo único, é cogente; ou o art. 630 supõe que haja, a respeito dos bens doados, ou herdados, a mesma regra jurídica do art. 629, parágrafo único (o que era explícito no art. 4.365 do *Esbôço* de Teixeira de Freitas, de onde passou ao Código Civil argentino, art. 2.694), ou não no supõe e então éregra jurídica dispositiva. O

pactun-i de non alienando também seria ilícito se perpétuo, ou, se por prazo indeterminado, não se pudesse entender pelo tempo que as circunstâncias justificassem. Quanto ao pacto, pelo qual credor e devedor assentam que aquele não possa cobrar sem que outrem assinta, apenas atribui ao devedor invocabilidade de tal pacto para se negar a prestar. Se o devedor paga, extingue-se a dívida; o credor, recebendo, valida-mente e eficazmente recebe. Salvo se houve estipulação a favor de terceiro, ou se a terceira pessoa foi figurante do contrato porque, então, lhe nasceria direito contra o devedor, sem que deixassem de valer o ato de prestação pelo devedor e o de recebimento pelo credor.

O ato de disposição, em sentido estrito e adequado, é a Espécie que mais fundamente atinge o patrimônio.

Bem, que nele se achava, dele sai. Porém também se atinge o patrimônio assumindo-se dividas cm vez de se dispor de bem. Há de haver relação entre quem assume e o patrimônio cujo passivo aumenta.

É o *poder de assumir dívida,* ou *dívida e obrigação,* ou, simplesmente, *poder de endividamento.* Ele e o poder de dispor são as duas espécies de poder divestitivo patrimonial. De regra, somente tem poder de assumir divida quem é titular do patrimônio. Nem sempre a limitação ao poder de dispor se estende ao poder de assumir divida; ou vice-versa. O que pode assumir dívida, como o cônjuge, que tem a direção da sociedade conjugal (arg. aos arts. 235 e 251, parágrafo único), não pode dispor de bens imóveis, ou alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem (arg. aos arts. 242,111, e 247). Todavia, é possível a representação legal ou voluntária, assumindo alguém, em nome do titular do patrimônio, divida que atinja a esfera patrimonial desse. Além disso, sempre que pelo ato de outrem alguém responde pelo dano, como ato ilícito, ou como ato -

fato ilícito, ocorre eficácia *reflexa* do ato de outrem no patrimônio. Bem assim, se o ato de outrem é condição da eficácia da dívida de alguém.

Ao inverso dos atos de disposição e de assunção de dívida, os atos de aquisição aumentam o patrimônio.

Quem pratica o ato de aquisição é, de regra, a pessoa cujo patrimônio cresce. Salvo se o praticou em nome de outrem (representação legal ou voluntária), ou se houve estipulação em favor de terceiro. Nem todos os direitos podem ser adquiridos por estipulação de outrem. Há alguns direitos que somente o titular de outro direito pode adquirir: só o proprietário do prédio pode adquirir servidão a favor do prédio; só o titular do direito principal pode adquirir, por si mesmo, ou por intermédio de representante, direitos acessórios; só o credor pode obter para o crédito garantias reais, fianças e juros (não se confunda com o *novo* crédito por fiança ou de juros, estipulado a favor de terceiro, porque têm de incidir os arts. 1.098-1.100). Os direitos reais limitados somente podem extinguir-se quanto aos seus titulares.

O ato de aquisição, ineficaz, por falta do poder de aquisição, pode ser

pós-eficacizado: ou pela ratificação daquele a favor de quem se teria de adquirir; ou pela superveniente situação do que praticou o ato sem poder adquirir Respectivamente: se A é outorgado de E quanto a servidão a favor do prédio de C, tal ato de aquisição é ineficaz, mas há pós-eficacização pela ratificação por C (cp. art. 1.343); se A adquire o prédio de C, a favor do qual, ineficazmente, praticara ato de aquisição, tudo se passa — *ex nunc* — como se houvesse adquirido para prédio seu, Por isso o proprietário pode ratificar os atos de aquisição que praticou a pessoa que indevidamente figurava no registro de imóveis como proprietário; o herdeiro pode ratificar os atos de aquisição praticados pelo que depois se verificou não-ser o herdeiro. Há póseficacização por superveniente poder de aquisição se, por exempío, a pessoa que não era credora obtém elevação de taxa de juros e, depois, o crédito, ou se o que obteve a servidão para prédio que não lhe pertence o adquiriu depois *(e.g.,* por usucapião, ou herança).

O poder de aquisição somente pode ser limitado por lei, que não fira a Constituição. Não se pode, negocialmente, restringir o poder de aquisição (A. von Tuhr, *Die unwtderrufliche VollmacI-zt,* 61); se bem que se possa assumir o dever de se não adquirir ceda coisa, ou crédito, ou de só se adquirir ceda coisa, ou crédito, observando-se alguma exigência. Se o que se obrigou viola o dever de não adquirir, o ato de aquisição não deixa, por isso, de ser eficaz apenas dá ensejo à reparação do dano, como ato ilícito relativo, se há interesse legítimo do credor da dívida de não adquirir.

Quem adquiriu pode ter adquirido porque outrem dispôs, ou porque outrem assumiu dívida, ou originariamente. Adquirir é mais largo do que adquirir por ato de disposição, ou de assunção de dívida. Por outro lado, quem assume dever de dispor ainda não dispoe: promete dispor. Se A prometeu alienar, prometeu 551

ato de alienação que ainda não praticou (A. Kirschbaum, *Das richterliche Verâusserungsverbot* 3).

2. *Invalidade subjetivamente parcial.* A nulidade ou anulação subjetivam,parcial pode ser de tal natureza que, para aquele a propósito de quem se criou a invalidade, a seu favor (se se trata de incapacidade), todo o negócio juridico seja inválido, sem que o fosse para o outro ou os outros figurantes. Então, a divisibilidade do negócio é somente *quanto à pessoa* que deu causa à nulidade ou à anulação pois que às circunstâncias ou ao próprio objeto há de

corresponder indivisibilidade entre figurantes. Por exemplo: A comprou a B, C e D a casa *c,* com o terreno ao lado, pertencente a C, para demolição, B é absolutamente incapaz, e a compra não interessa a A, se a fração pertencente a B não pode ser-lhe transferida; a nulidade é subjetivamente parcial, no sentido de apanhar somente o que concerne a B, — mas apanha a venda da casa e a do terreno, pertencente a C, isto é, a venda das frações de B, C e D, na casa, e o terreno.

§ 388. Dono do negócio e sujeito

1.

Capacidade e poder de legitimação. A diferença da capacidade, o poder de legitimação é posição do sujeito quanto ao objeto do negócio juridico. Quem *(a)* vende a casa, que tem, é vendedor e o legitimado a vendê-la; quem *(b)* vende a casa, que não tem, é vendedor, e não é legitimado a vendê-la; quem (c) vende a casa, que não tem, e é podador de poderes para isso, é apenas o legitimado a vendê-la. O que está na situação *(b),* vende o que não é seu, rompendo o *princípio da* coincidência *entre ser agente em negócio jurídico* (promitente) e *estar em circunstâncias jurídicas de satisfazer o que prometeu.* Resta saber qual a sanção que a lei dá a essas violações do princípio: se a inexistência, se a nulidade, se a anulabilidade, ou algum modo de desfazimento do válido (e.g., rescindibilidade, resolutividade), ou se apenas estabelece a indenização pelo inadimplemento, perfeitamente previsível, se bem que por *inaptidão* juridica do promitente. Naturalmente, casos há, em que a lei mesma cria legitimação de uma pessoa a dispor de bens alheios, e ai a questão não surge. Casos também há, em que o poder de disposição se atenua, ou se separa do titular do direito, e a lei estabelece regras jurídicas para a disposição, ou para as promessas e as disposições; então, a infração dessas regras juridicas é causa de nulidade, ou de anulabilidade, conforme a solução técnica, que o sistema jurídico adotou: se foi o marido, por exemplo, que alienou o bem dotal, há a *nulidade* dos arts. 293-296, que em verdade é *anulação* (art. 178, § 9ª, III, *verbis* "ação da mulher ou seus herdeiros"), salvo outra causa de nulidade *(e.g.,* se o juiz era incompetente, ou se não se fez segundo a *forma* exigida em lei, art. 293, *pr.),* ou se foi prometida a alienação como coisa pertencente ao marido (ineficácia real). Desbastada de tais escórias, a questão simplifica-se.

2. *Representação legal. a)* A legitimação do representante legal e pressuposto material subjetivo, *embutido* no pressuposto subjetivo do sujeito: se o representante devia apenas assistir, não houve consentimento, o negócio juridico ou é da pessoa, se concluiu o negócio jurídico para si, ou não é; se a pessoa não é o representante, nenhum negócio jurídico do dono do negócio há, e, na melhor das hipóteses, há gestão de negócios; se o representante legal precisava de "autorização" do juiz *(e.g.,* arts. 386, 427, 453), a falta da autorização do juiz é causa de nulidade, segundo o art. 145, IV. Não há por onde se criar outro pressuposto de validade, ou nova causa de nulidade, ou de anulação, além das de que tratam os arts. 82, 145 e 147 (sem razão, por exemplo, E.

Betti, *Teoria Cenerale dei Negozio t3iuridico,* 141 e 149 sj. Se o poder não está com o dono do negócio, ele viola lei cogente, porque a legitimação de outrem deriva de uma dessas regras jurídicas; se outrem, que aquele que tem o poder pratica o ato, ou ocorre falsa legitimação ou disposição a despeito da exclusão do poder de dispor. A primeira é concernente ao sujeito que figura no negócio jurídico, pois figura sem ter querido figurar: o que se diz representante legal não no é: de modo que se infringe a regra jurídica de ter de ser representado aquele que, incapaz, figura nos negócios jurídicos. Quanto ao "poder passivo de disposição", expressão de A.

von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* II, 398), há pessoas que não podem adquirir, como se verifica a respeito, por exemplo, das pessoas mencionadas nos arts. 1.132 e 1,133-1.134 e 428, 1 e 1H. A infração dá causa à nulidade do art. 145, V. Em vez de se limitar, ativamente, o poder de disposição, limita-se ele, passivamonte Algumas vezes, a natureza da relação extranegocial (art. 1.132) ou negocial, entre alienante e adquirente, faz ativo-passíva a limitação legal.

3.

Representação voluntária. b) A representação negocial é, também, pressuposto material subjetivo, *embutido* no sujeito. Se o representante

atua sem ter poder de representação, não representa, apresenta-se como se representante fosse: ou *a)* ele mesmo diz que não é representante, e põe, assim, em dois tempos a atuação e a outorga de poder de representação, que deveria vir antes ou, pelo menos, simultaneamente; ou *b)* ele mesmo se abstém de se dizer representante, e procede em nome próprio (nem se apresenta como representante, nem tem o poder de representação); ou c) ele mesmo se diz representante, e não no é *(=* não tem poder de representação). No primeiro caso, há *gestão de negócios* sem poder de representação (arts. 1.331-1.345); no segundo, o negócio jurídico é ineficaz, no tocante ao dono do negócio, existe e vale e é eficaz entre esse e o outro ou os outros figurantes, no plano obrigacional (art. 1.307, 2ª alínea); no terceiro, há falso procurador. O princípio geral é o de que, ou se trate de pessoa, que não tem poder de representação, ou se trate de pessoa, que excedeu os poderes que tem, o ato jurídico em que A figura, como se fosse representante, *não* é entre o pretenso representado (8) e o outro ou os outros figurantes (C, D, E); *não sendo* entre E e C, ou E e C, D, E, não tem, pró ou contra E, *efícácia.* Toda idéia de nulidade da relação BRC, ou BRCDE, seria absurda, pois seria nulidade do inexistente. Há estado de pendência, que deriva da *esperança de ratificação* (que é o assentimento posterior, algo que se diferencia do con-sentimento, em que há dois ou mais assentimentos, de modo que cada uma das pessoas con-sente), ou há promessa de *ratificação.* A esperança é comum às espécies *a)* e *c);* a ratificação é a do art. 1.343. Se o dono do negócio não ratifica, o seu assentimento posterior *falta;* o negócio jurídico continua de ser estranho e, pois, ineficaz para ele (arts. 1.344, 1.332 e 1,340). A espécie *b)* é a do que não representa, nem diz representar, nem tem poder de representação: atua em nome próprio, a respeito de interesses alheios *(aliter,* na espécie do art. 1.345, que é de conexão de interesses). Ai, o que negociou não pôs no trato a figura do dono do negócio; mentindo, ou não, quanto à sua situação respeito ao objeto, foi a si mesmo que se pôs: o negócio jurídico é entre ele e o outro os outros figurantes. Tal negócio jurídico, uma vez que *não* é entre o dono do negócio e outrem, não pode ser eficaz. A eficácia sofre, pela falta de coincidência entre ser dono do negócio e ser sujeito do negócio jurídico. Para que se opere a eficacização, é preciso ou (no plano da eficácia, porque entre o sujeito e o outro ou outros figurantes o negócio jurídico é) que na pessoa do sujeito venham a unir-se o ser sujeito e o ser dono do negócio, ou (no plano da existência, porque entre o dono do negócio e o outro ou outros figurantes o negócio jurídico *não* é) que o dono do negócio venha a criar a relação jurídica (portanto o negócio jurídico) entre ele e o outro ou outros figurantes. O que deveria ter querido não fora sujeito: agora, no primeiro caso, passou a ser, por inserção do negócio

na sua esfera jurídica, permanecendo um só e contínuo o negócio jurídico, que de início existiu; ou, no segundo, *o* dono do negócio estabelece novo negócio juridico, mediante manifestação de vontade sua. E de grande importância técnica e prática, acentuar-se a distinção entre a *eficacização primária,* por se terem unido, posteriormente, na mesma pessoa, o ser sujeito do negócio jurídico e o ser dono do negócio, e a *eftcacização secundária* (existência *com efeitos),* pela criação do laço entre o dono do negócio e o outro ou outros figurantes. Os exemplos mais frisantes são o do vendedor da coisa alheia, que vem a ser dono dela (eficacização primária), e o do vendedor da coisa alheia, se o dono da coisa vem a ratificar a venda.

PARTE II Nulidade

Capitulo I

Causas das Nulidades

§ 389. Causas da nulidade

1. *Discriminação das sanções de invalidade, problema de técnica legislativa.* Em princípio, os legisladores são livres na discrimiriação das causas de nulidade e das causas de anulabilidade. Ocorre, porém, que a técnica legislativa veio, através de milênios, experimentando diferentes tratamentos dos suportes fáticos deficitários.

Basta lembrarmos que o direito romano não dava entrada, no mundo jurídico, ao que hoje chamamos negócio jurídico nulo: havia não— (negócio jurídico), o *nec ulius,* o *nullus,* que *não era (* = não incidia sobre o suporte fático a regra jurídica); e não se distinguiam nulo e anulável. Aos poucos, foi-se admitindo que ser *nulo* não é 551

não-ser e que ser anulável não é ser nulo; e aos poucos, através de práticas, discussões, teorias e críticas minudentes dos resultados, se procurou discriminar o que mais adequado era para se atribuir a cada causa.

Esse lento elaborar de critérios científicos obteve que se distinguissem a vontade do menor de dezesseis anos, do louco, ou do surdo-mudo (que não na pode exprimir), e a do menor de vinte e um anos e maior de dezesseis, que já está, segundo a lei, em estádio psíquico digno de atenção. Os vícios de vontade ficaram às anulações, pois que, a despeito deles, vontade houve, de pessoa capaz; porém nem sempre foi assim, nem no é em todos os sistemas jurídicos. As infrações de forma tiveram de ser contempladas como causas de nulidade, bem como as de certas solenidades e outras exigências legais (art. 145, IV e V). O mesmo havia de acontecer ao objeto ilícito e ao impossível (art. 145, II). De modo que, se, em princípio, os legisladores têm *liberdade* no rotular as causas de nulidade e as de anulação, há linha histórica, de cultura juridica e de ciência, que lhes põem ao alcance *dados* para se guiarem, em suas escolhas, com o mínimo de arbítrio. Cada século nos proporcionou mais ricos informes, mais preciosos resultados da pesquisa e da reflexão humana. No momento em que nos achamos, atrás de duas simples regras jurídicas, como as dos arts. 145 e 147, há toda a solidária história da técnica juridica ocidental. Teremos ensejo

de mostrar onde, há pouco, ainda houve erros, onde ainda os há, e onde se processam novas investigações e se buscam soluções novas a problemas precisamente técnicos.

2.

Défice grave. Diz o art. 145: "É nulo o ato jurídico: 1 — quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 52); II — quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto; III — quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130); IV — quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; V — quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito." Em todos os casos, falta *algo,* que a regra jurídica reputou essencial à validade; e preferiu ela considerar nulo o negócio jurídico, em vez de simplesmente anulável. O negócio entrou no mundo jurídico, mas *gravemente deficitário.*

§ 390. Enumeração das causas

1.

Incapacidade absoluta. A primeira causa de nulidade é o ser oriundo de *absolutamente incapaz* o ato.

Já aqui se supõe vontade de quem, juridicamente, não pode querer, ou manifestação ou comunicação de conhecimento, ou de sentimento, de quem não tem a razão. Há agente, juridicamente; mas, juridicamente, não há vontade. Deficiência grave, portanto, do negócio jurídico ou do ato juridico *stricto sensu.* Se, porém, aprofundamos a pesquisa, fácil é vermos que a lei recebeu vontade, enunciado de conhecimento ou sentimento, que estava no suporte fático; apenas essa vontade, esse enunciado de conhecimento, esse sentimento, entrando no mundo juridico, não se juridiciza com os restantes elementos do suporte fático. A regra jurídica, batendo sobre esse, cobre-o, exceto naquele bloco, que lá estava como se estivesse abaixo da plancha de impressão e não recebesse a tinta. No mundo juridico, ele *falta,* posto que não faltasse no mundo fático. *a)* Muito diferente é o que se passa com a vontade, o enunciado de conhecimento, ou de sentimento, *do que não* é *pessoa (* = não tem capacidade de direito): aqui, o mundo jurídico

não deixa entrar o suporte fático. *b)* Também diferente é o que se passa se *não houve vontade,* ou se não *houve enunciado de conhecimento,* ou se não *houve manifestação de sentimento:* aqui, o suporte fático também não entra no mundo jurídico. O observador do mundo jurídico (digamos, por exemplo, o juiz), a respeito de tal caso, dirá:

"Não há negócio jurídico". Todas as proposições que emitir têm de ser enunciados de existência; e a ação própria é a *ação declaratória* (Código de Processo Civil, art. 42, parágrafo único), ainda que tenha havido documento falso. Se não fui ao escritório e outrem assinou, com o meu nome, o contrato, não contratei: a ação a propor-se não é a de nulidade, mas a ação declaratória. c) Diferente ainda é o que se passa com a vontade do que é apenas relativamente incapaz (art. 6ª, 1), ou de quem quer que precise do assentimento de outrem. Vontade há de quem pode, juridicamente, querer; faltou outra vontade, e não essa.

A *capacidade de direito* é, hoje, geral a todos os homens, se bem que a alguns bens da vida se não dê acesso a todos os homens. A *capacidade de obrar* é a capacidade de ser *a)* agente de negócios jurídicos e outros atos de natureza semelhante e *b)* de ser responsável por atos ilícitos. Não se pode pensar em capacidade negocial, ou em capacidade delitual, sem se ter, antes, afirmado a capacidade de direito. A incapacidade de obrar é a capacidade a que se refere o art. 52; é a falta da *Handlungsfàhigkeít* do direito comum O menor de dezesseis anos e o louco são incapazes de obrar; o menor entre dezesseis e vinte e um anos écapaz delitualmente (art. 156), de modo que apenas passa por incapacidade negocial *(Geschàtsfàhigkeí t)*

551

2.

Ilicitude e impossibilidade. A segunda e a terceira causas de nulidade são a *ilicitude* e a *impossibilidade* (arts. 145, II, e 82). *a)*

A técnica legislativa tem preferido deixar sem delimitações a noção de ilicitude, de modo que fica à ciência e à acuidade do juiz, sem se afastar daquela e defendendo-se de suas convicções pessoais, de ordem religiosa, ou de outra natureza. O Código Civil fala de ilicitude do *objeto;* porém não se tome muito à risca a expressão: pode dar-se que

prestação admissível *(* = lícita) dê ensejo a negócio jurídico nulo, por ilicitude, se a contraprestação éem dinheiro *(e.g.,* o funcionário público A contrata com o outro, **B,** fazer até amanhã, o trabalho de B, fazei; sendo contraprestaçáo a troca do plantão da noite: o negócio jurídico é válido, se não há regra jurídica ou regra estatutária que o proiba; seria nulo, se a contraprestação fosse dinheiro, ou outro bem que o trabalho na repartição pública). Tampouco, é de exigir-se que a ilicitude conste do negócio jurídico. Pode consistir no fim a que o negócio jurídico serviu, sem que se possa descer aos motivos que determinaram o manifestante ou os manifestantes à negociação, unilateral ou plurilateral. A técnica científica já corrigiu a referência ao objeto (que estava no antigo art. 878 do Código Civil austríaco) e a referência ao conteúdo (como pretendera o Projeto húngaro, art. 956). Tal aquisição critica e construtiva se refletiu no Código Civil alemão (§ 138) e no Código suíço das Obrigações (art. 20). *b)* A impossibilidade, de que se trata, é a impossibilidade total, ao tempo da conclusão do negócio juridico, contemporaneidade sem a qual não cabe pensar-se em nulidade do negócio jurídico, ou a impossibilidade parcial, se é de entender-se que o manifestante ou os manifestantes da vontade não teriam querido a separação se conhecessem a impossibilidade parcial. O art. 153, 1ª parte, éinvocável, restando saber-se se também o é, se somente *parte* do ato jurídico, separável, é ilícita: precisamente, — se há contagiação necessária, ou se não na há. A resposta é pela possibilidade da separação, não se contagiando a nulidade por ilicitude a todo o negócio jurídico. O art. 153, 1ª parte, não distinguiu entre nulidades, posto que possa haver regra jurídica especial que adote a solução radical do contágio. Tanto quanto, se a nulidade é do contrato, ou outro negócio juridico, principal, ou de, alguma parte dele, principal, nulo é o contrato, ou outro negócio jurídico, ou parte desse, dependente daquele (art. 153, 2ª parte); porém não vice-versa. A fiança é nula, salvo se a nulidade é oriunda de incapacidade do devedor (arts. 153, 2ª parte, e 1.488); de modo que, em se tratando de ilicitude ou impossibilidade quanto ao negócio jurídico principal, a fiança ou outro negócio jurídico dependente é sempre nulo. Tampouco, é possível *reconhecimento* eficaz de negócio jurídico nulo por ilicitude ou impossibilidade.

O segundo negócio de reconhecimento também seria nulo.

A nulidade do negócio jurídico, que contêm cláusula compromissória de submissão da composição do litígio ao juízo arbitral, importa em nulidade dessa, posto que não-ineliminavelmente (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, art. 82, *pr.).* Quanto aos negócios jurídicos abstratos, somente são nulos por ilicitude quando fazem parte de

outro negócio jurídico e esse é nulo por ilicitude, ou quando a validade desse é concebida como condição pelo negócio jurídico (G. Planck, *Kommentar,* 1, 363; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 482 s.). E o caso da transmissão, da cessão e da promessa de divida. Se A transferiu a E a coisa que vendeu, ou de outro modo alienou, a ação de reivindicação não cabe, —somente seria de propor-se a *condictio:* "Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir" (art. 964, 1ª alínea). O direito é *à repetição,* e não à *reivindicação.* Seria de construção difícil o art. 971 ("Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei"), se coubesse reivindicação. Exatamente, pensou-se apenas em *condictio:* nulo é o negócio jurídico hásico, ou subjacente, porém não o negócio jurídico abstrato, que é, de regra, imune ao contágio das nulidades do outro negócio jurídico. Se A vende a casa ao funcionário público E, para o subornar em despacho que incumbe a esse, e finge ter recebido o preço, ou recebe parte dele como se fora todo, e transmite a casa, A não pode reivindicar, nem pode exercer a *condictio* do art. 964, 1ª alínea; a reivindicação não cabe, porque a transmissão é negócio jurídico abstrato, e a repetição é excluída pelo art. 971.

Max Rumpf (Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 EGE., *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 117, 315-394) ainda tentou sustentar que o fator moral havia de vir *antes* do interesse da segurança da propriedade, de modo que a transmissão mesma não ficaria incólume; mas a resposta que lhe deu A. von Tuhr (Eigentumserwerb aus unsittlichen Vertrag, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 120, 1-13) foi decisiva.

O negócio jurídico da transmissão do bem imóvel, que o alienante recebeu indevidamente (art. 968, parágrafo único), não é nulo; apenas a regra jurídica especial abriu brecha ao princípio de que só respondem por enriquecimento sem causa o enriquecido e seus herdeiros. (Em vez de "reivindicação", que foi lapso, leia-se "repetição".)

3. *Violação de regra jurídica sobre forma.* A quarta causa de nulidade é a violação da regra jurídica sobre *forma (=* "quando não revestir a forma prescrita em lei", art. 145, III). Em princípio, as manifestações de vontade são em qualquer forma que lhes baste, *faticamente.* Não há manifestação de vontade sem forma; 551

algumas podem ser em formas diferentes; outras, de si mesmas, exigem certa forma, ou certas formas.

Juridicamente, os sistemas jurídicos soem conter regras jurídicas cogentes, que estabelecem qual a forma que deve revestir o negócio jurídico. Longe estão eles de ser acordes: a forma, que aqui se exige a determinado negócio jurídico, ali se dispensa e se exige a outro, para o qual, aqui, não é essencial. Isso não quer dizer que esforços comuns de investigação científica não tenham levado a certas convicções de técnica legislativa. Já a libertação do formalismo primitivo constituiu passo avançado na linha de evolução. Percebe-o quem quer que venha, no exame, desde os primeiros tempos do direito romano e do germânico.

O que aí dissemos quanto aos negócios jurídicos também se entende com os atos jurídicos *stricto sensu.*

seca, como a competência do oficial público, a data da escritura, a presença do juiz, quanto a certos atos de direito civil.

5. *Infração de regra jurídica cuja sanção seja a nulidade.* A sexta causa de nulidade é a que consiste em infração de regra jurídica, cuja sanção seja a de nulidade (art. 145, V), fora das espécies anteriores (arts. 145,

[-IV). São exemplos: as infrações do art. 183, [-VIII (impedimentos dirimentes; cf. Lei nº 1.110, de 23 de maio de 1950, art. 5º); a celebração do casamento perante autoridade incompetente causa que se subsume no art.

145, IV, e no art. 145, V, com a excepcionalidade da sanação (art. 208, 2ª parte: "Mas esta nulidade se considerará sanada, se não se alegar dentro em 2 (dois) anos da celebração"); o deixar-se ao "arbítrio exclusivo de uma das partes" a taxação do preço, no contrato de venda e compra (art. 1.125); a venda pelo ascendente ao descendente, sem que os outros descendentes consintam (art. 1.132); as compras, ainda em hasta pública, nos casos dos arts. 1.133 e 1.134; as espécies do art. 1.667 (cf. arts. 1.668 e 1.669); a própria infração do art. 1.676, pela decisão judicial.

Se o bem é gravado de inalienabilidade, falta ao dono dele poder de dispor. A convenção de alienar depois de ser levantada a cláusula de inalienabilidade, ou para quando se torne alienável o bem, seria *in*

fraudem legis e, pois, nula (art. 145, IV e V; não art. 145,11, como pretendeu a 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de novembro de 1945, *RT* 164/657, e a 10 de dezembro de 1946, 166/341, confundindo o acordo de transferência e o contrato consensual de venda e compra). Nulo o negócio jurídico, não pode ser revalidado, ainda por posterior autorização judicial, em ação de sub-rogação (certos, os acórdãos acima citados).

Capitulo II

Incapacidade Absoluta

§ 391. Absolutamente incapazes

1. *Conteúdo do art.* 59, *1, do Código Civil.* São absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos (art. 5ª, 1), limite demasiado alto, se o compararmos com os de outros sistemas jurídicos (direito anterior, doze anos para a mulher e quatorze para o varão, como em direito romano; sete anos, no direito civil alemão, § 104, 1; quatorze, no direito civil argentino, art. 127). O negócio jurídico, em cujo suporte fático está a vontade de menor de dezesseis anos, é *nulo.* O Código Civil alemão, § 105, disse: "A declaração de vontade do incapaz é nula", cometendo o erro técnico de colocar no mundo fático o adjetivo nulo" que contém conceito que só pertence ao plano do mundo jurídico concernente à validade. Aliás, essa confusão é fruto da formação retórico-oratória dos juristas, anterior à penetração dos métodos científicos. Melhor técnica legou-nos e ao Código Civil argentino, arts. 1.037-1.058, Teixeira de Freitas *(Esbôço,* arts. 786-821). O que é nulo é o 551

negócio jurídico, e não a declaração de vontade, ou a simples manifestação de vontade, que são fatos. A regra jurídica da nulidade dos negócios jurídicos e atos semelhantes, praticados por absolutamente incapazes (menores de dezesseis anos, loucos, surdos-mudos que não podem exprimir a sua vontade, ausentes julgados tais), abrange o que lhes aproveitaria e o que lhes seria sem proveito, ou desproveitoso salvo aceitação de doação pura (art. 1.170). No direito alemão, entendeu-se que não poderia aceitar doação porque o doador, se conhecesse a incapacidade, não doaria (assim, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II 336, nota 17), o que é argumento absurdo. O representante do absolutamente incapaz é que deve *querer,* no lugar do que teria de querer, se não fosse absolutamente incapaz: é indiferente que, no mundo fático, haja querido, ou não, o representado, se o representante quis; mas, se o representante não exprimiu a sua vontade, pelo incapaz, e, em vez disso, o absolutamente incapaz *quis,* essa vontade do absolutamente incapaz é fato, que indevidamente serviu à entrada do suporte fático no mundo juridico, e pois *nulo* o negócio jurídico. Se o representante do absolutamente incapaz não manifestou vontade, nem o fez o incapaz,

negócio jurídico *não há.* Não é preciso lançar-se mão de ação de nulidade, ou, *incidenter,* pedir-se a decretação da nulidade; qualquer alegação é no plano da existência, e toda decisão, a propósito, declarativa negativa. Não importa se o absolutamente incapaz ainda não tem ou não mais tem representante legal. As sanções incidem sem qualquer atenção a tê-lo, ou não, o absolutamente incapaz. Diga-se o mesmo quanto aos atos jurídicos stricto *sensu.*

o) Se de escritura pública consta que o absolutamente incapaz manifestou a sua vontade, sem na ter manifestado, a ação a propor-se é a ação declaratória da inexistência do negócio jurídico, cumulada à de nulidade da escritura (ato do funcionário do Estado), que é ação *constitutiva negativa.* Se consta de instrumento particular que o absolutamente incapaz manifestou a sua vontade, sem na ter manifestado, a ação é a declaratória, tão-só; porque se trata de documento falso, sem haver qualquer ato integrativo de forma, estatal, que se haja de desconstituir. Se de escritura pública consta que o absolutamente incapaz (art. 59, 1), com idade falsa, a que o oficial público se refere, manifestou a sua vontade, ou manifestou ou comunicou conhecimento ou sentimento, e se alega a nulidade, com a certidão de idade verdadeira, a afirmação do oficial público nada pode contra fé pública, adequada, que é a dos livros do registro civil. Somente se há discussão razoável sobre esses, ou sobre a certidão, pode o juiz remeter às vias ordinárias próprias, e assim recusar-se a decidir *incidenter.* O art. 146, parágrafo único, põe claro quanto às nulidades: "Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda a requerimento das partes." Não estando provadas, a sua cognição é incompleta; e cabe-lhe deixar de julgar, remetendo os 189 interessados às vias ordinárias próprias (ações cumuladas constitutivas negativas, quanto à escritura pública e quanto ao negócio jurídico). Se de instrumento particular consta que o absolutamente incapaz manifestou a sua vontade e se alega nulidade, com a prova do registro, somente é óbice à decretação *incidenter* estar em dúvida a própria certidão ou o livro.

b) Quanto à enfermidade mental (art. 59, II), ou há interdição, e a escritura pública não tem mais força do que a sentença, de modo que nada obsta a que se pronuncie a nulidade, *incidenter;* ou não há interdição, e a ação constitutiva negativa, para decretação da nulidade da escritura, tem de ser cumulada com a declaratória do falso, se o autor afirta que o louco não manifestou a sua vontade (= negócio jurídico não há), ou com outra constitutiva negativa do negócio

jurídico, se o autor afirma a loucura, sem negar que haja o louco manifestado a sua vontade.

Duas questões surgem, próprias do direito brasileiro, sobre nulidade de atos jurídicos dos absolutamente incapazes: *o)* a da alegação, incidenter, da nulidade, sem ter havido interdição; *b)* a da alegação, *incidenter,* da nulidade, tendo sido por escritura pública o ato juridico. Quanto à primeira questão, em defesa pode ser argoida a nulidade, que se pode pronunciar, sem ser preciso decretar-se interdição. Todos os exames cabem nos processos, desde que se trate de nulidade por incapacidade absoluta. Quanto à segunda questão, diz-se, o direito brasileiro exige a ação ordinária para se desconstituir a escriturnº pública, e a alegação incidental encontraria esse óbice à desconstituição da escritura pública, mas tal obstáculo não existe se foi proposta a ação ou se a argúição foi em embargos de terceiro, ou *incidenter,* pelas razões do § 337, nº 4.

c) Quanto aos surdos-mudos (art. 59, 111), ou há a interdição, ou não há: se há, tudo se passa como a respeito dos enfermos da mente (art. 59, II); se não há, a prova de não poder exprimir a vontade, ou já foi feita, ou ainda se tem de fazer, mas difici!mente se poderá decidir a questão, sem produção de provas convincentes.

Nada obsta, contudo, que se proceda *incidenter,* ainda em se tratando de negócio jurídico ou ato jurídico stricto *sensu* por escritura pública.

d) Quanto aos ausentes, somente se pode conhecer, *incidenter,* da questão de nulidade se há sentença trânsita em julgado. Se não há, a ação há de ser ação declaratória do falso; cumulando-se-lhe a de nulidade da 551

escritura pública, se esse é o caso. Trânsita em julgado a sentença, a decisão, que julgue inexistente o negócio jurídico, por se tratar de ausente, é declarativa negativa. Se consta da escritura pública a manifestação de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento, tem de ser cumulada a ação constitutiva negativa; porém, diante da sentença de ausência trânsita em julgado, se o ato foi praticado na mesma unidade política em que se fez a publicação dos editais, não é preciso que se pleiteie em ação.

O absolutamente incapaz, que manifestou vontade, nulamente tomou parte em negócio juridico. Idem, quanto ao que manifestou ou

comunicou vontade, conhecimento, ou sentimento, em ato jurídico stricto *sensu.*

O seu representante tinha de querer, em vez dele; não bastaria autorizá-lo, ou dar-lhe poderes: não poderia, validamente, recebê-los; nem assistir: so se assiste a quem pode querer, assentindo-se; nem o encarregar de manifestar, de fato, a vontade: tal manifestação de vontade, como a que a seu alvedrio manifestou, permaneceria no mundo fático e, entrando no jurídico, não-seria vista no plano da validade se não como fato.

Se algum desses atos do representante legal, pelas circunstâncias em que se praticou, importou em manifestação de vontade do representante legal, em nome do representado, é questão de interpretação dos atos juridicos.

2.

Ratificação. A ratificação do negócio juridico nulo, por incapacidade absoluta, é impossível; outrossim, a *confirmação.* Ao termo da incapacidade, os negócios jurídicos, pois que pertencem ao passado, nulos continuam: o tempo não corre para eles, salvo regra jurídica especial, que teria construção de fato jurídico *ex* novo. Se o absolutamente incapaz, que o deixou de ser, diz confirmar o negócio jurídico nulo, a

"confirmação" não é mais do que simples *nova* conclusão de negócio juridico, ainda que possa ele dar efeitos ao novo negócio jurídico que se aproximem ou equivalham, qualitativa ou quantitativamente, àqueles, que teria tido o negócio juridico nulo, se nulo não tivesse sido.

O art. 153 é invocável; mas a 2ª parte dele sofre a exceção do art. 1.488: "As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor." (O art. 1.259

só é referente a obrigações anuláveis; não às nulas.)

3.

Repetição. Se o negócio jurídico é nulo, por incapacidade do agente,

não se pode pedir de terceiro a reivindicação do bem imóvel que se entregara em adimplemento do nulo. O que cabe é a *repetição,* pelo enriquecimento indevido, e não a *reivindicação.* Os negócios jurídicos abstratos (transmissão, cessão, promessa de divida) são, de regra, incólumes. A reivindicação ofendê-los- ia. Assim, se o louco vendeu a casa e o comprador de boa-fé obteve a transmissão, não há por onde pensar-se em reivindicação. Somente cabe a repetição. A *reivindicação* (arts. 524 e 647) é a pretensão à entrega da coisa ao proprietário. Corresponde à *rei vindicatia* do direito comum. Supõe ofensa ao direito real: há o proprietário, que é o titular do direito de propriedade, autor da ação de reivindicação, e o possuidor não-dono; e tem ela por fito recuperar a posse mais a indenização e entrega dos proveitos. Esse "mais" emana do *cum omni causa* do direito comum. Não se propõe a ação de reivindicação, se o bem está registrado no nome do possuidor: esse é que é dono; porque um dos modos de se adquirir a propriedade imobiliária é "a transcrição" — sob a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 168, "registro" — do título de transferência no registro do imóvel" (art. 530, 1), portanto, abstratamente. Se o bem ainda não está no nome do contraente adquirente, a ação tem de ser a de repetição, ou a de nulidade do registro, *mais* a de reivindicação. Se foi nulo o negócio jurídico, cuja prestação foi feita com a transmissão da coisa, a decretação da nulidade põe claro, com a força da decisão, que a solução foi justificada (art. 964). Dá-se a condictio, com o pedido de repetição, e não de reivindicação. A *condictio indebiti* concerne à repetição do que se entregou por dívida *inexistente (*= não-divida, *Nichtschuld)* a *condictio sine causa* compreende a repetição pelo nulo, ou anulado, que, com o trânsito em julgado da decisão, se equívalem, pois que ambos caem no nada, e a repetição porque o resultado previsto não se produziu *(condictio ob causam datorum).*

Alguns acórdãos, a respeito de nulidades, são destituídos de todo fundamento, de jeito que os devemos afastar como evidentemente errados e contra a letra da lei. *E.g.:* a decisão da 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 16 de novembro de 1939 (RT 136/7821, entendeu que, antes da interdição, *o* ato do absolutamente incapaz é apenas anulável, ainda se notória a incapacidade absoluta, o que não tem qualquer apoio em direito brasileiro (certo, o acórdão da 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 20 de outubro de 1937, RT 113/ 736); a da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1939, RT 119/568, na qual se disse, incrivelmente, que "não se pode anular ato anterior à interdição, máxime em processo de defesa, quando o estado de perturbação mental do paciente não era notório e não se tratava de fato transitório e isolado" (certo, o 2ª Grupo de Câmaras Civis, a 5 de

outubro de 1944, 153/560: “Interdito, ou 551

não, o incapaz, nulos são os seus atos, uma vez provada a existência da moléstia ao tempo de sua prática”, relator Macedo Vieira; idem, Q Câmara, 17 de maio de 1945, 158/697: “Não se anula a escritura de revogação de testamento, por incapacidade da testadora, embora tenha sido eia interditada, poucos dias depois de o fazer, por enfraquecimento senil, desde que há prova nos autos de que, ao testar, ela se achava em perfeito uso das suas faculdades mentais”, prova, aliás, bem difícil de fazer-se).

Nos contratos de transportes, em que há adesão, exige-se não haver a incapacidade absoluta; mas, feito o transporte, as prestações foram feitas, e entende-se que *o* dinheiro foi doado, manualmente, ao incapaz e despendido segundo a vontade da pessoa que tem a guarda do absolutamente incapaz ou a vontade daquela que doou. Se o absolutamente incapaz não comprou a passagem, ou o bilhete, ou não saldou a fatura de remessa, não contraiu dívida, nem obrigação.

Capítulo III

Ilicitude

§ 392. Conceito de ilícito nulificante

1.

ilicitude e nulidade. A segunda causa de nulidade é a iliacitude do negócio jurídico, ou do seu objeto.

A lei preferiu o concepito de ilícito ao de contrário aos bons costumes *(boni mores)*. Em verdade, evitou que se deixasse só à moral o determinar o que e ilícito. Mais: *a)* Nem tudo que obrigaria à reparação do nºano é ilícito; pois há reparação do dano por parte de quem não cometeul ato ilícito: se o dono da coisa, na espécie do ari. 160,11 (deterioração ou destruição da coisa alheia para remover perigo iminente), não foi culpado do perigo, assiste-lhe direito à indeniização do prejuizo, que sofreu (art. 1.519); se o perigo ocorreu por culpa de terceiro, contra esse tem ação regressiva o autor do dano), para haver a importância que ressarciu ao dono da coisa (art. 1. .520); e a mesma ação regressiva compete contra aquele em defeesa de quem se danificou a coisa (arts. 1.520, parágrafo único, e 160, 1). *b)* Todo ato ilicito, no sentido dos arts. 159 e 160, é, se (objeto de ato jurídico, causa de nulidade (art. 145, II. Os conceitos são, pois, um só. No ilícito está incluido o contrário à moral? A lei braisileira nada disse. Donde ter-se de apanhar todo o conteúdo do co)nceito de ilícito, para se ver se nele se insere, como espécie, o contrário aos bons costumes.

O ato ilicito tem por pressupostos o ser contrário a cflireito, isto é, o infringir principio do ordenamento jurídico (pressuposto objetivo), *mais* o ter sido previsível ou afastável o resultado. Outros pressupostos são acidentais: dolo, culpa, negligência guarda de animais etc. (Se incluíssemos a responsabilidade objetiva na classe dos atos ilícitos, teríamos de conceituá-los largamente, de modo a abarcá-la. O ilícito, posto nos negócios jurídicos, ou nos atos jurídicos *stricto* sensu, eiva-os de nulidade; fora deles, causa o dever de indenizar extranegocialmente. Os dois ilícitos entram na classe dos atos contrários ao direito (rechtswidrig), na qual há o ato, positivo, ou negativo, que importa infração de dever, ou de obrigação, e as causas

de caducidade (não a responsabilidade por atos não tidos por ilícitos).

O Código Civil, no art. 145, 11, referiu-se ao ilícito, sem o definir. Já antes aludira ao lícito (art. 82).

Pergunta-se: ilícito, no art. 145, II, é somente o contra a lei, ou é o contra a lei e a moral, ou somente contra a moral? A expressão "lícito" não ésinônimo de "legal", nem os étimos coincidem. O ato ilícito não é o ato ilegal, porque há atos ilegais (= contrários ao direito), que não são atos ilícitos (as infrações das obrigações, as causas de caducidade e outros atos, contrários a direito, mas escusáveis pelo erro). No direito suíço, o conceito de ilícito não apanha o contrário aos bons costumes, tanto assim que se diz ser nulo o contrato se tem por objeto coisa impossível, ilícita, ou contrária aos costumes (Código suíço das Obrigações, art. 20, alinea lª).

Também lá se teve de interpretar o texto como abrangente, também, da impossibilidade, ilicitude e imoralidade dos próprios negócios jurídicos, em vez de só se referir ao objeto deles.

É de objeto ilícito o ato jurídico que atenta contra a lei e os bons costumes. *E.g.,* o contrato para elevação de preços, eliminatório da concorrência (Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19 de dezembro de 1938, *RT* 124/207); os negócios juridicos sobre atos ou serviços concernentes às funções dos funcionários públicos (5e Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 16 de junho de 1937, 110/284); o de tráfico de influência nas 551

repartições públicas (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 15 de março de 1943, 143/221, 1º

Grupo de Câmaras Civis, 13 de julho de 1943, 149/199), que se não confunde com os de mandato perante as repartições públicas; o contrato de arrendamento de cartório (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 3 de dezembro de 1945, 161/721); a renúncia a direitos formativos, a prestações e ações de direito de familia, como a de investigação de paternidade (3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de agosto de 1946, RT 164/243).

Dois acórdãos são de afastar-se, por erro evidente, que pretenderam apontar como de objeto ilícito a venda e compra da coisa futura e a de coisa alheia: o da 45 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a

de maio de 1939 *(RT* 119/257), no qual se raciocinou como se o contrato de venda e compra fosse, no direito brasileiro, contrato teal, de modo que não existiria venda de coisa futuira; o da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, a 5 de fevereiro de 1946 *(RI* 43/202), em que se viu na venda de coisa alheia venda com objeto ilícito: trata-se de venda válida e eficaz, no plano obrigacional; o que é ineficaz é o acordo de transmissão, por faltar ao alienante o poder de disposição, mas, ainda assim, pode dar-se eficacização posterior (cp. art. 622).

A concepção brasileira do "objeto ilicito" (art. 145, 11, 1ª parte) de modo nenhum deixa ao juiz margem a consultar o seu íntimo, para dizer se o objeto (ou o fim) é imoral. Não se poderia ter por nulo o contrato em que se prepara monopólio, ou se assegura monopólio de determihado produto; posto que as leis penais e administrativas possam incidir nos atos de abuso do poder econômico e apontar certos objetos de contrato, no sentido do art. 145,11, 1ª parte, como ilícitos. Aliás, sempre que o objeto não é imoral em si mesmo, ou não é imoral o motivo que se fez relevante no conteúdo do ato juridico, não há nulidade por ilicitude. A doação que fez o violador, ou o que seduziu, ou o que teve relações sexuais com a donatária, se posterior ao ato tido por imoral, é válida. Não é válida a doação para que o donatário cometa ato imoral.

Deve-se considerar ilícito — pois ilicito é — todo negócio jurídico pelo qual alguém assume dever de praticar ou de se abster de algum ato para o qual, segundo a concepção da vida, tal como se revela, por exemplo, na Constituição, há de estar livre de toda imposição ou coagibilidade jurídica. *E.g.: a)* a promessa de mudar de nacionalidade, ou de religião, ou de domicílio, ou de não mudar de nacionalidade, de religião, ou de domicílio; *b)* a promessa de não exercer certa profissão liberal, ou de só a exercer dentro de restrições, ou de a exercer (se bem que o exercer possa ser condição); c) a promessa de não dar ou de dar denúncia penal; *d)* a promessa de depor, ou de não depor em juízo ou na polícia; e) a promessa de não votar ou de votar em determinado candidato (se bem que o partido político possa ter sanções contra os membros indisciplinados); fl a promessa de adotar, ou de não adotar, ou de permitir adoção; g) a promessa de casar-se com determinada pessoa, ou de não se casar; h) a promessa de separar-se judicialmente, ou de divorciar-se, ou de não se separar, ou de não se divorciar, ou de só se separar, ou divorciar por determinado fundamento (algumas promessas não valem como promessas, manifestações de vontade, porém, pela conversão, valem como

perdão, manifestação de sentimento); i) a promessa de se suicidar, ou de sofrer, feita por si mesmo, ou por outrem, lesão corporal (tratando-se de monstruosidade redutível, ou defeito fisico grave, corrigível, pode ser condição). Tais ações ou omissões são ilícitas porque ofendem princípios que estão à base da nossa concepção da vida. Por isso mesmo, foi acertado referir-se o art. 145, 11, 1ª parte, à ilicitude, em vez de aludir aos bons costumes, ou à moral.

Algumas promessas acima mencionadas não são imorais. Não importa se a ilicitude está na prestação ou na contraprestação, ou no ato de outrem, que se recompensa, ou se faz condição. Por exemplo: A promete o prêmio x a B se B mudar de religião, ou se casar com C (de quem não é noivo), ou se não depuser em juízo; a promessa de pagar a pessoa que não édetetive ou investigador as provas de adultério do cônjuge; a soma prometida a quem não sofreu dano para o caso de se queixar ou de denunciar *(aliter,* se o promissário foi quem sofreu o dano); a promessa de dote para induzir ao casamento *(aliter,* a promessa de dote para ajudar ou tornar possivel mais cedo o casamento, ou o casamento de que já se cogita). Vale o legado a viúva para o tempo em que esteja em estado de viuvez se a intenção foi amparar a mulher sem recursos, durante essa época mais difícil (na dúvida, assim se há de interpretar); não vale se o fito foi impedir novo casamento. Quanto às gratificações e gorjetas, não são ilícitas se se trata de pessoas a quem se costumam dar gratificações e gorjetas.

São ilícitas se ao funcionário público, ou ao empregado da empresa que, pelo cargo que exerce, não as pode receber sem repulsa do círculo em que trabalha, ou ao tutor ou curador, ou ao filho ou parente ou amigo de alguém de que depende a decisão judicial ou administrativa de algum caso. Também é nula a promessa de transferir ou gravar de usufruto patrimônio futuro; o usufruto de patrimônio é de patrimônio que se define desde já e existe, ou vai existir sem ser o patrimônio futuro do promitente. As denúncias cheias não são suscetíveis de promessa negativa. Sao ilicitas as cláusulas que imponham a prática de atos perígosos, se o fim não é mais alto, ou a omissão perigosa de atos (e.g., escalar o Pão de Açúcar, deixar de comer dez dias; não 551

vender no armazém de secos e molhados manteiga, azeite, vinagre, feijão e arroz, porque é proibição, exorbitante, de competência; não aumentar o preço sem restrição de tempo, porque poderia levar àruína se a matéria-prima e a mão-de-obra crescessem excessivamente, ou em caso de inflação (a interpretação pode revelar segundo as circunstâncias, que foi durante certo período, mas, se falta tal elemento interpretativo, a cláusula é nula). Tratando-se de cláusula de

eliminação de competência, não há dúvida que é nula se as circunstâncias mostram que não é em paridade com o que se contrapromete (não é nula a cláusula de não comerciar A com sapatos de senhora se B, dono da sapataria vizinha, promete não comerciar com sapatos de homem), ou se tem por fito exploração intolerável, sob o aspecto social e econômico, do público.

Se o negócio jurídico, em cumprimento do qual se praticou o ato dispositivo, é nulo por ilicitude, nem por isso se contagia ao ato dispositivo (transferência da propriedade, ou do crédito), que é abstrato, a nulidade.

Quando a lei tem de ferir de nulidade o ato jurídico abstrato, é em virtude do art. 145, V, que o ato jurídico abstrato é nulo, ou se estabelece, excepcionalmente, a reivindicação (art. 248,1V), ou a restituição por enriquecimento injustificado. Pela mesma razão, pode ser nulo, por ilicitude, o negócio jurídico entre o cedente e o cessionário, embora incólume a cessão, que é negócio jurídico abstrato; pode ser nulo, por ilícito, o acordo entre o devedor e o adquirente, cabendo aos dois dever de reparar ao credor prejudicado, e fica incólume a alienação *(obter,* quando a lei permite a *revogação* ou estabelece ineficácia *relativa,* porque, então, o ato em adimplemento é atingido pela incidência da regra jurídica).

É possivel, porém, que o ilícito esteja na própria disposição, se a usura está na transferência do imóvel. Ai, não se precisa de repetir, por enriquecimento injustificado, a que seria obstáculo o art. 971 (para o usurário); cabe, ai, a reivindicação contra o usurário, e não pelo próprio usurário. Esse não tem, no direito brasileiro, a reivindicação, nem a repetição (art. 971), nem, se a pessoa que sofreu a usura se nega a pagar o prometido, a condíctio *ob causam* non *secutarn.*

2.

Interpretação do art. 145, *II, 1ª parte* ("ilícito"), do Código *Civil.* A interpretação do ilícito como abrangente do imoral, do contrário aos bons costumes, tem de ser admitida, porque, se assim não fosse, não se explicaria que houvesse a condictío do art. 971: "Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei." Se não se pode *repetir,* seria contraditório que se pudesse pedir, ou, mais radicalmente, fazer objeto de negócio jurídico. Aliás, nos sistemas jurídicos em que só se falou de infração dos bons costumes (e.g., Código Civil alemão, § 138), ou de negócios jurídicos

imorais, teve-se de receber a expressão, a seu turno, como abrangente de toda violação da „ordem pública"; não só do que é imoral. O ilícito apanha o quc ofende a princípios mais sensíveis da ordem social, política, econômica e moral; não só moral. Noutras palavras, *o contrary to moralit + o contrary to public police.*

3.

Contrariedade á moral inclusa na contrariedade a direito. O ato é contrário à moral, se a opinião mais generalizada o não tolera. Nenhuma alusão se faz à moral de determinada religiao, nem à sensibilidade de pessoas de requintada exigência ética, sincera ou só doutrinadora. Nem cabe exigir-se que a moral seja apenas a de determinado grupo de pessoas. Há de contentar-se o juiz com o que é a moral usual nos negócios jurídicos, conforme o ramo de direito (direito das obrigações, coisas, familia, sucessões, direito comercial; comércio internacional) e, até, com o nivei ético de certos grupos profissionais. Porém não pode reconhecer

"licitude" no que passou a ser o nível de grupos que têm à sua base a imoralidade, como o dos salteadores, os dos bandidos, os dos negocistas políticos, os dos trapaceiros, mulheres de má vida e jogadores. Tampouco, pode o juiz dar valor à opinião individual dos interessados ou do interessado.

As concepções morais, os *boni mores,* transformam-se; porém mais lentamente que os costumes e usos que não têm conteúdo moral; a razão está em que o processo ético de adaptação social é mais estável que o político, o econômico e o jurídico. Se, porém, há mudança do conteúdo da regra moral, a que remete ou tem como conceito seu a regra jurídica, assiste-se àtransformação do conteúdo dessa.

A afirmação de que o ilícito abrange o contrário à moral leva: ou a se admitir que existem duas espécies de ilícito: o contrário a direito; e o contrário à moral; *ou* a entender-se que a contrariedade a direito inclui o contrário à moral. A segunda resposta supõe que haja direito a que as outras pessoas procedam moralmente; portanto que, ao se definir o ilícito como abrangente, também, do imoral, se bem que não de toda imoralidade, no conceito esteja implícita regra jurídica que diz: "E proibido o imoral que seja suficiente para invalidar os atos jurídicos."

O ganho excessivo somente é ilícito se a lei o diz (e.g., usura), ou pode ser alegado para o efeito de se ter 551

como desproporcional a contraprestação, ou para se anular por dolo o negócio jurídico. É ir-se longe demais reputar-se nulo o negócio jurídico do intermediário por ter proveito acima do que tem o dono do negócio *(e.g., 1ª* Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de maio de 1949, *RT* 180/647).

4. Conhecimento da nulidade e *nulidade.* A nulidade do negócio jurídico ilícito independe de a conhecerem os que o concluíram: o ilícito é ilícito, ainda que o não vejam os que manifestaram a vontade, ou o conhecimento ou o sentimento, ou o que os manifestou. *(A fortiori,* é indiferente a ignorância da lei, art.

145,1!, *verbo* "ilicíto".) Ou do que pensa, individualmente, o juiz: ele apenas é encarregado, pelo Estado, de *revelar* o ilícito.

§ 393. Fundamento e natureza da nulidade por ilicítude

1.

Ilicitude e fundamento da nulidade. O fundamento da nulidade por ilicitude está em que o ordenamento jurídico tem de recusar validade ao que levaria à prática do que ele reprova, ou obstaria à prática do que reputa dever ser livre, ou faria depender de valor econômico o que nao se deve pôr na dimensão econô-

mica. Se a espécie de invalidade há de ser a nulidade, ou a anulação, é questão de técnica legislativa, como já o fora conceber o trato do ilicito como causa de inexistência, ou de não-validade.

Se o mandatário, ou qualquer das pessocs de que trata o art. 1.133, I-IV, adquire bem que, segundo cssas regras jurídicas, não poderia adquirir, o negócio jurídico é nulo e nula a aquisição, por fraude à lei. Dá-se o mesmo a resnuito das pessoas a que se refere o art. 1.132.

2.

Sanção de nulidade por ilícitude e auto-regramento da vontade. A ilicitude nulificante limita a autonomia da vontade. O legislador poderia, *de lege ferenda,* adotar: *a)* a técnica da insuficiência do suporte fático *(* = não entraria no mundo jurídico), nihil *actum* est, e o negócio seria *nullum,* no sentido romano (nec, ullum), o que ocorria na L. 112, §§ 3 e 4, D., *de lega ti et* fideicomissis 1, 30, onde *non valet* = *nullus* esse niomenti (os pandectistas não viram que *nullus,* em direito romano, não era o "nulo" do seu tempo), e nas L.

26 *(nullus* esse *momenti),* 27, *pr.,* 35, § 1 (cessat obllgatio), D., *de verborum obliqationibus,* 45, 1; *b)* a técnica da deficiênciado suporte fático, resultando dela a existência e nulidade (no sentido moderno) do negócio jurídico *(e.g.,* art. 145, II); *c)* a técnica da deficiência do suporte fático, resultando apenas a anulabilidade.

A nulidade é o que mais consulta os interesses gerais e dos figurantes, porque, não vedando a entrada do suporte fático no mundo jurídico, evita que se faça depender de verificação in *casu* a resposta à questão da existência ou inexistência, e, negando-lhe efeitos desde logo e concebendo como nulo, e não só anulável, O negócio jurídico, permite a alegabilidade pelos interessados, quaisquer, e de ofício. Constitui, portanto, aquisição técnica de primeira ordem a classificação do ilícito como causa de nulidade.

É pressuposto de tal nulidade o ilícito, ainda quando de conteúdo imoral. Se o imoral ou, em geral, o ilícito serviu de base a alguma regra jurídica especial, não é no art. 145, 11, verbo "ilícito", que se pode apoiar a arguição de nulidade. O art. 1.089 ("Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.") tem conteúdo moral, porém não faz "impossível" o objeto (art. 145, II, *verbo* "impossível"); a infração é a regra jurídica que proibe o negócio jurídico em si mesmo (art. 145, V). As regras jurídicas do art. 1.057, alíneas 1ª e 2ª, são cogentes; existe, além disso, regra jurídica que diz: "A cláusula de não responder por culpa o devedor é ilícita". No entanto, alguns sistemas jurídicos *(e.g.,* o alemão, § 276, alínea 2ª) dizem que não é possível.

Donde: ser de invocar-se, no direito brasileiro, o art. 145, II, *verbo* "ilícito"; nos outros sistemas, o que corresponda ao art. 145, II, *verbo* "impossível", ou o art. 145, V, se for o caso. Passa-se o mesmo com a cláusula que pretenda tratar como dispositivo, em vez de cogente, o art. 1.103: é ilícita, no direito brasileiro; no direito alemão (§§ 476, 540), entraria na classe do art. 145, V. Nem se precisa invocar o art.

145, 11, verbo

"ilícito", para se aplicarem os arts. 1.477-1.480 (jogo e aposta); e os jogos e apostas proibidos entram na classe dos negócios jurídicos de "objeto impossível". A confusão, que é frequente, deve ser evitada (G. Planck, *Kommentar,* 1, 363 *5.;* A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 22). A imoralidade do jogo e da aposta, em si, é matéria de discussão. A história e a dogmática tratam a um e a outro como assunto de regras jurídicas próprias, sem os envolver com a determinação do ilícito nulificante (art. 145,11, *verbo* "ilícito"). O que *o* jogo mais ofende é a economia; não a moral. O que o aponta como contrário aos bons costumes é que a sedução do 551

ganho fácil atrai e reúne os individuos imorais, preguiçosos, improdutivos e aventureiros; e a falta de autocrítica leva os fracos e os ambiciosos a jogos desastrosos ou imoderados.

3.

Apreciação da ilicitude in casu. Tem o juiz de dizer se, *in casu,* ocorre ilicitude. Questão, não e fato, e sim de direito *(quaestio* iuris); e foram poucos os que, como CarI Crome (Systern, 1, 373) e Ph. Lotmar *(Der unmoralische Vertrag,* 91), a tiveram como *quaestio Jacti.* Por isso, o erro do juiz pode ser fundamento para uniformização da jurisprudência (Código de Processo Civil, arts. 476-479), para o *recurso extraordinário* (Constituição de 1988, art. 102, III, *a),* para o *recurso especial* (Constituição de 1988, art. 105, 111, *a* e *c),* e para açõó rescisória (Código de Processo Civil, art. 485, V). Se há questão de fato, é concernente a algum acontecimento ou estado, e primeiro se há de decidir essa. É de estranhar-se que P. Laband (Der 58. Band der Entscheidungen, *Deutsche Juristen-Zeitung, X,* 569) ainda procurasse defender a tese da *quaestio Jacti,* contra a doutrina e a jurisprudência (cf. L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 480, nota 4; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 235). A questão jurídica pode ser de interpretação, ou de aplicação da regra jurídica do art.

145, II.

O juiz tem de auscultar o que é que pensa, a respeito, o povo, ou a estruturação política, através dos cidadãos e habitantes que examinam tais choques, com esclarecimento e isenção. Não é necessariamente, ainda em matérias que tenham fonte histórica no direito canônico, a opinião dos eclesiásticos. E mais o critério comum dos homens de

bem, que vivem no sentido do desenvolvimento da nação, realizando democracia, liberdade, igualdade e respeito à pessoa humana.

O infrator pode não ter tido *consciência* de ser ilícito o ato jurídico; mas é de exigir-se que não lhe tenham sido desconhecidas as circunstâncias que marcaram o ato jurídico como ilícito, se a ilicitude se prende à imoralidade dependente de elemento subjetivo. Por outro lado, não basta que os elementos abaixo do suporte fático (pensamentos, intenções não manifestadas e outras circunstâncias) infrinjam a ordem pública. O motivo e o fim somente podem tisnar de ilicito o negócio jurídico, se se fizeram relevantes (causa ou condição), ou se há fraude à lei. Nem todo ato imoral faz nulo o negócio jurídico, por ilicitude; é preciso, para tal consequência, que a imoralidade mesma se choque com a conduta e o pensamento dominantes: há grau de intensidade em que se revela o ilícito.

§ 394. Pressupostos da nulidade

1.

Pressupostos. As nulidades por ilicitude dão-se: *a)* quando o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* tem por fito ou obriga a resultado ilícito, ou impede algo de eticamente exigido (C. Crome, *System,* 1, 374; E. Matthiass, *Lehrbuch,* 6ª-7ª ed., 120); *b)* quando se cria dever ou obrigação de praticar, ou de não-praticar ato, a cuja prática, ou abstenção, não é permitido forçar-se alguém, ou quando se cerceia vontade que não pode ser cerceada; *c)* quando se faz dependente de contraprestação a prática ou a não-prática de ato jurídica ou moralmente exigido (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 481), sendo de notar-se que, aí, o moralmente exigido também o é pela regra jurídica implícita no conceito de ilícito; *d)* quando se faz o direito depender de prestação de valor econômico ou se faz dele depender o não dever, tratando-se de direito inegociável. São exemplos de *a),* a promessa de pagamento ou de empréstimo para fim desonesto, a garantia *(e.g.,* fiança) de que alguém não pagará a dívida, a assunção de dívida para que alguém pratique delito ou ato, positivo ou negativo, contrário a direito (inclusive à moral); de b) , o contrato para mudar de religião, ou nunca se converter, ou mudar de partido politíco, a promessa de recompensa pela prestação de testemunho, a exclusão de concorrência sem determinação do lugar e do tempo; de c), empréstimo ou paga pela prática de crime, ou prestamento de testemunho falso; de *d),* o estipular prestação de x reais como

pagamento de escusa à tutela (art. 414).

Quando acima dissemos “contrário a direito (inclusive contrário à moral)” de novo aludimos à regra jurídica implícita que proibe fazer objeto de ato jurídico o imoral. Se o “ilícito” apanha o imoral, é que no conceito se revela essa regra jurídica para a qual o imoral (intensamente imoral) é contrário a direito *(=* existe regra jurídica que considera contrário a direito, na espécie ou *in casu,* o imoral).

2.

Restrições a direitos, pretensões, ações ou exceções *irrestrin* gíveis. A liberdade física, de pensamento, a de religião, a liberda de do voto, a de reunião, a de associação, bem como a de investigação científica, não podem ser restringidas, ainda de modo indireto, negocialmente. Seriam nulos, por ilícitos, os negócios 551

jurídicos, mas, sendo direitos de personalidade, aqueles, e pois absolutos, a restrição não entra no mundo jurídico. São ilícitos os contratos de açambarcamento, ou de garroteação, pelas quais umas empresas dominem o mercado, destruindo e absorvendo outras ou subordinem à sua vontade, de modo excessivo, outras empresas; por igual, aqueles em que se proiba a concorrência e haja unreasonable *restraint ol trade.* Aí não está em causa direito de personalidade. Não é ilícita a cláusula de não instalar hotel no terreno vizinho quem o comprou a hoteleiro; nem a que se inclua em contrato de venda e compra, proibindo construção de casa de cômodos, ou casa de apartamentos de mais de x andares.

O contrato, feito por procurador, que se deixou subornar para o concluir, é nulo por ilicitude (L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, § 178, nota 20 de Hans CarI Nipperdey). Também o são: a estipulação pecuniária para o caso de separação judicial, ou divórcio, em que seja culpado o promitente; a promessa de celibato; a promessa de não se domiciliar o marido em determinado lugar, ou de sair do em que está domiciliado. A promessa de prestar x, se algum fato acontecer, se é contra a liberdade religiosa a promessa, não entra no mundo jurídico.

É ilícita: a promessa de levar mercadorias além das fronteiras,

violando lei estrangeira, ou de as trazer, violando lei nacional; a promessa de fabricar determinada mercadoria com percentagem de certa matéria-prima, abaixo do que se anuncia; a promessa de fabricar produtos para prejudicar o público, ou para usos imorais (A. von Tuhr, *Der Aliqemeine Teil,* III, 25); a promessa de divulgação de notícias falsas pelos jornais ou de injúrias a alguém; a cessão de crédito do que tem de testemunhar para que o faça *(aliter,* para que o possa, G. Planck, *Kornmentar,* 1, 364); a cessão de crédito pelo lesado ao segurador, para que, em caso de credores solidários, se dê compensação; a cessão de todos os créditos futuros (posto que se possa ceder crédito futuro); a promessa de boicote; toda restrição à liberdade física ou de pensamento não entra no mundo jurídico, porém é contra os bons costumes prometer não sair da cidade (é permitido que se estipule que o agente de empresa não se ausente, sem estar substituído no intervalo); a promessa de seduzir alguém para fundamento de ação de separação judicial ou de divórcio (não o contrato de detetive para a prova, O.

Warneyer, *Nornmentar,* 1, 339); a promessa, ou contrato, pelo qual alguém se deixa condenar em ação de suspensão, ou destituição do pátrio poder, ou de perda da tutela, ou curatela, ou de ter em sua companhia algum incapaz.

3.

Objeto lícito e *objeto ilícito.* O objeto do negócio jurídico há de ser juridicamente adequado (idôneo) ao negócio jurídico. Quer se trate de bens imóveis, quer de móveis; de bens materiais ou de bens imateriais. O

objeto pode ser considerado quanto à sua idoneidade geral aos negócios jurídicos, ou quanto à sua idoneidade a determinados negócios jurídicos. O bem extracomércio (a lua) é inidôneo, em geral; o bem inalienável, porém não extracomércio, é inidôneo relativamente a negócios jurídicos de alienação. A casa inalienável não pode ser vendida; se o for, é nula a venda e compra (art. 145, II, *verbo* "impossivel") e ineficaz o ato de transmissão. No entanto, pode ser alugada, ou emprestada (comodato). Os bens de pessoa viva podem ser objeto de venda e compra; não, porém, a sua herança. Tampouco é possível renunciar-se à herança de pessoa viva. A lei, proibindo o contrato, excluiu qualquer negócio jurídico bilateral sobre herança de pessoa viva. A infração do art. 1.089 acarreta nulidade (art. 145, V). E o que também ocorre com a indisponibilidade dos bens do Estado (art.

67) e a inusucapíbilidade desses bens (cp. Constituição de 1988, arts. 183, § 32, e 191, parágrafo único). Os negócios que têm por objeto bens materiais inapropriáveis não entram no mundo jurídico: não são objeto de direito; tanto quanto os animais, fora o homem, não são sujeitos de direito. Não há pensar-se em desconstítuírem-se esses negócios jurídicos: não existem.

Se o Estado (União, Estado Federado, ou Município) subordina a aquisição de víveres ou de outra mercadoria à exibição de cartão ou livreto, em que é indicada a quantidade a adquirir-se, não se pode *a priori* entender que seja *nula* a aquisição, por ilicitude, ou impossibilidade (inidoneidade do objeto). Tem-se de indagar do alcance da lei de direito público. Pode bem ser que não tenha ido ao conceito de ilicitude, ou ao de objeto juridicamente impossível (sem razão, V. Napolitano, *Punti* critici, 64); ou, até, cumule sanções.

4.

Ainda a distinção entre existência e validade. No trato das nulidades, circunstâncias históricas levaram a se distinguirem a ilicitude e a impossibilidade do objeto de outras causas que dizem respeito ao objeto. Nem sempre a discriminação é justificável perante a análise científica e quase sempre a regra jurídica duplica ou triplica o fundamento para a sanção nulificante. Por outro lado, é preciso ter-se sempre em vista a distinção entre existência e validade.

551

Para se explicar o direito sobre a parte separada do corpo não se precisam distinguir, nem se hão de distinguir, no homem, duas entidades, a subjetiva e a objetiva (sem razão, E Carnelutti, *Teoria Generale dei Diritto,* 2ª ed., 111 s. e 122 s.). Certo, os homens e as próprias pessoas jurídicas são, no suporte fático das regras jurídicas sobre personalidade, subjetivos-objetivos, unidade que se acentua no direito à vida e até certo ponto se parte (evitese dizer “duplica-se”) no direito à integridade física e no direito àintegridade psiquica.

Porém exatamente quando se enfrenta o problema das partes separadas do corpo e do direito sobre o cadáver, o homem já não está em causa: já só de *res* se trata; só o objetivo puro é que se apresenta à

análise. A concepção do homem como objeto de direito, no direito às partes separadas do corpo humano e no direito ao trabalho (F. Carnelutti, *Usucapione della proprietà industriale,* 39 e 52 s.) revela regressividade do pensamento jurídico, — volta à admissão intelectual da escravidão; o direito sobre si mesmo seria apenas o conceito, eufêmico, para servir de chave à volta da disponibilidade dos direitos de personalidade.

O negócio jurídico sobre parte do corpo, se a separação seria ofensa à integridade física (deixa de o ser se é de fazer-se, necessariamente, segundo a ciência, a separação, porque aí passa à frente o interesse maior da vida), ainda que se trate de negócio jurídico sobre coisa futura, não entra no mundo jurídico.

5.

Casuística da nulidade por ilicitude. São nulos os negócios jurídicos: *a)* em que alguém se obrigue a não se casar; *b)* em que alguém se obrigue a não casar com determinada pessoa, ou em determinada família (posto que o testador possa deixar a alguém, se ainda solteiro, ou se não tiver casado com determinada pessoa ou pessoa de determinada família, ou tomar o casamento como momento de extinção do usufruto ou entrega do fideicomisso); *c)* em que alguém se obrigue a comprar bilhetes de loteria não autorizada; *d)* o *pactum de non licitando; e)* a cessão da clientela de casa de tolerância, ou de outra fonte de renda tida por ilícita.

O negócio jurídico não é nulo somente quando se *promete* ato tido como ilícito. O ato cuja ilicitude se patenteie pode ser apenas *condição,* como a prestação de pensão contratual, com contraprestação de casa e comida, resolúvel quando romperem relações duas pessoas que vivem juntas (dos exemplos, que A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* III, 26, dá, de "condições", alguns não são de condições).

A promessa de gorjeta a empregados que, pelo sistema do hotel, ou da casa comercial, não a podem receber, é ilícita; a doação com a condição de ter, ou de continuar a manter relações sexuais com o doador, é ilícita. A doação do cônjuge adúltero ao cúmplice é apenas anulável (art. 1.177). A deixa testamentária, para o caso de estarem vivendo juntos, no momento da morte, quem testa e quem é beneficiado, vale, ainda que se haja comunicado a esse o testamento (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 111, 26, nota 27).

Não basta para a nulidade do negócio jurídico, por ilícitude, que um dos figurantes proceda criminosa ou dolosamente; nem é ilícito o que foi obtido por violência, ou pressão estatal, notadamente policial. Tais fundamentos são apenas para anulabilidade. Nem a impossibilidade jurídica (art. 145, II, *verbo* "impossível"), nem o infringir regra jurídica cogen *te,* nem, ainda, a infração de regra jurídica sobre pressuposto formal ou material (art. 145, 111-1V), é ilicitude, no sentido do art. 145, ii, *verbo* "ilícito".

6.

Negócios jurídicos abstratos. Os negócios jurídicos abstratos (transmissão por registro da propriedade imóvel, cessão, promessa de dívida), se o fim não se fez *relevante (=* se não entrou no suporte fático), são incólumes à nulidade por ilicitude. A ação de reivindicação falta; a de enriquecimento fica, se o que deu não deu para obter o fim ilícito imoral, ou proibido por lei (art. 971).

Se a solução de negócio jurídico ilícito, portanto nulo, importou em negócio jurídico abstrato, o enriquecimento é sem causa, mas exclui-se a repetição, porque ambos os figurantes participaram da ilicitude.

Resultado: uma delas, não podendo repetir e nada tendo recebido, fica inibida. No caso da prestação de coisa móvel, o art. 622, parágrafo único, evita a dificuldade, porque a transmissão é, aí, causal: reivindica-se a coisa.

No caso da prestação de bem imóvel, não: a transmissão, abstrata, exclui a reivindicação, e a repetição está obstada pelo art. 971. Em todo o caso, advirta-se em que o art. 971 só veda repetir ao que deu para obter o fim ilícito (inclusive imoral), ou proibido por lei; não ao que deu, *prometendo,* a mais, o ilícito *(e.g.,* se o que solveu a sua obrigação fez promessa de favores sexuais ao credor-devedor, pois esse não pode repetir, ao passo que aquele o pode; sobre isso, a nota 154 de A. von Tuhr, *Der Allgerneine Teil,* III, 47).

7.

Casas de tolerância e bordéis. O problema das vendas e compras e das locações de casas de tolerância ou bordéis é um dos mais discutidos do direito privado, em matéria de nulidade. Há a opinião *(a)* de que a venda e compra e a locação de tais casas, ou do mobiliário, é sempre contra os bons costumes e, pois, ilícitas; e a opinião *(b),* radical, de

que esses assuntos devem ficar ao direito penal e à polícia: neles, não teria bom êxito o direito civil (O. Lenel, Der 63. Band der Entscheidungen, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 12, 455; E.

551

Hôlder, Das gegen die guten Sitten verstossende Rechtsgeschäft, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* 13, 47; A. von Tuhr, Der *Alíqemeine Teil,* III, 30 s.). Opinião menos radical (c) é a que somente considera ilícitos tais negócios jurídicos, quando compreendem a casa e a empresa, de que é indício o ser o preço acima do valor do bem imóvel e do mobiliário. Resultado das soluções *a* e *c:* o negócio jurídico é ilícito, portanto nulo (art. 145, II); se foi feita a transmissão do bem imóvel, que é abstrata, vale ela (no direito alemão, também a tradição dosmóveis); a repetição é excluida pelo art. 971 (no direito alemão, § 817); o comprador, se ainda não pagou, pode deixar de pagar, ficando com a casa, gratuitamente. Nada de moral haveria nisso; nem, *de lege ferenda,* de acertado. Dir-se-á que, se, *ex hypothesi,* o preço é maior, o *lucrum inhonestum* é ilícito, — então seria imoral o excesso, e ter-se-ia admitido o ilícito objetivamente par cial (quanto ao preço).

A venda e compra do prédio leva à transmissão da propriedade imóvel e os sistemas jurídicos submetem-na ao registro no registro, ainda quando é um dos bens que constituem o patrimônio de empresa. Há, portanto, distinção que obriga a tratamento diferente para o prédio *e o mais.* Houve unidade de negócio jurídico, mas houve, também, complexidade (venda e compra dos bens móveis, cessão de clientela); de jeito que — salvo inseparabilidade desses elementos, o que se dá, por exemplo, no caso do que vendeu para ser pago do preço da casa e dos móveis, com o produto da exploração — é de justiça invocar-se o art. 153, 1ª parte. Tanto mais quanto se tem considerado que o empréstimo para aquisição de casa, que sirva a casa de tolerância, não é ilícito, se o fim não se inseriu, explicitamente, nele, posto que o seja o empréstimo para a manutenção, se o fim decidiu do negócio jurídico. Se é nulo o contrato, são-no também os negócios jurídicos acessórios (fiança, hipoteca, anticrese). A transmissão da propriedade imobiliária, por ser abstrata, não é atingida pela nulidade do negócio jurídico; a reivindicação não se dá. Mas dá-se a repetição (art. 968), no que não há ilicitude (art. 971).

§ 395. Nulidade parcial e contágio

1.

Nulidade parcial e contágio. A ilicitude, causa de nulidade, pode só atingir em parte o negócio jurídico,inclusive subjetivamente (nulo para A, não para B). O exemplo mais expressivo é o do depósito da jóia, feito por C a A; morre C, o herdeiro B pede-o a A, e esse nega o depósito. Depois, B promete certa soma a A para que o entregue. O negócio jurídico é nulo quanto a A, não quanto a B; de modo que B tem a ação e A não pode pedir a soma. O art. 153, 1ª parte, rege a espécie.

2.

Negócios *jurídicos dependentes.* O ilícito no negócio jurídico principal contagia-se ao negócio jurídico acessório (art. 153, 2ª parte). A fiança à cessão de clientela de casa de tolerância é nula, como a cessão o é. A fiança prestada pelo homem casado para garantir dívida de mantença da amante é nula, ainda que não seja essa; pois a nulidade das obrigações acessórias "não induz a da obrigação principal" (art. 153, 2ª parte, *in fine).*

O reconhecimento do negócio jurídico nulo por ilicitude não o faz válido e eficaz; também ele é nulo e ineficaz, ainda se feito por outrem ou a outrem (O. Warnever, *Kommentar,* 1, 235).

§ 396. Particularidades da nulidade por ilicitude

1.

Perenidade do nulo por ilicitude. Como as outras espécies de nulidade, o nulo por ilícito não pode convalescer *(Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tem poris conualescere,* L. 29, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17). Respeito às outras causas, pode a lei abrir exceção. Não, quanto à nulidade por ilicitude, que supõe mudança profunda de concepção da vida. Toda confirmação do negócio jurídico nulo é nova

conclusão, para a qual é preciso se satisfazerem todos os pressupostos que haviam sido satisfeitos e os que não no foram. O nulo por ilícito, repetido, volve a ser nulo por ilícito.

2.

Legitimação ativa; inconvertibilidade. O art. 146 é de atender-se. Não há conversão quando a nulidade é por ilicitude. Porque converter seria, aí, fraudar a lei.

551

Capitulo IV

Impossibilidade Física e Jurídica Orígináriás

§ 397. Impossibilidade originária e suas espécies

1.

Espécies de impossibilidades. O art. 145, II, *in fine,* fala de ser nulo o negócio jurídico se for

"impossível" o seu objeto. A impossibilidade pode ser: cognoscitiva, lógica, moral, jurídica, ou física. O que não pode ser conhecido não pode ser objeto de negócio jurídico ou de ato jurídico *stricto sensu:* não há negócio jurídico, se o objeto do negócio foi atuar, com o pensamento, na lua, ou em alguma estrela; nem ato jurídico *stricto sensu,* em tais circunstâncias de impossibilidade. A impossibilidade lógica dá-se quando há invencível contradição, e o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto* sensu existe, caindo a parte contraditória, como se não estivesse escrita; ou não existe o negócio jurídico, se a contradição invencível o apanha todo.

Ocorre o mesmo com a manifestação de vontade ininteligível.

A impossibilidade física não impede a entrada do elemento, que a ela corresponde, no mundo jurídico: o negócio jurídico todo, ou parte dele, existe, mas é nulo *(aliter,* quanto às condições); e bem assim, no tocante aos atos jurídicos *stricto* sensu. Dá-se o mesmo quanto à impossibilidade jurídica.

Cumpre distinguirem-se a impossibilidade física ou jurídica ao tempo da conclusão do ato jurídico e a impossibilidade física ou jurídica posterior. No primeiro caso, a prestação não pode ser feita, coisa diferente de vir a não poder ser feita. No segundo, o negócio jurídico encontra obstáculo jurídico. Aquela é a que se chama impossibilidade inicial, *originária,* ou liminar, em contraposição à impossibilidade *superveniente.* Se o que se promete não existiu nunca, ou não existe mais, a promessa entra no mundo jurídico, mas é nula. A técnica legislativa em verdade somente tinha de escolher entre tratar o *impossível* como obstáculo àentrada no mundo jurídico (e essa foi a solução romana, Impossibilium nuíla obligatio est, L. 185, D., *de diversis regu lis iuris antiqui,* 50, 17, em que "nuíla est" = "não existe"), ou como causa de nulidade. Seria de repelir-se, de início, a solução da simples anulabilidade: far-se-ia depender da eventual impugnação o que já de começo se tem por causa invencível de imprestabilidade. A impossibilidade jurídica não é mais nem menos significativa: concerne ao que, devido ao direito, não pode ser construído; o negócio jurídico é nulo, por ser impossível o seu objeto, devido a regras jurídicas:

retirada da ação privada quanto a crime de ação pública: transferência da propriedade imobiliária a quem já consta do registro ser o proprietário (a promessa disso teria de ser interpretada, em conversão, como renúncia à ação contra o proprietário); constituição de direito real que não poderia ser inscrito, exceto se devido a não-ser direito real no sistema jurídico, porque, então, o negócio não entra no mundo jurídico.

Para que o negócio jurídico seja nulo, é preciso que a impossibilidade física ou jurídica já exista ao tempo da conclusão dele. A impossibilidade subseqoente não produz nulidade; o direito respeita a irreversibilidade do tempo: o que foi, e valeu, continua de ser, e valer; de modo que a superveniência do impossível cria outros problemas, mas já no plano da eficácia, e aqui só nos interessa o que é no plano da validade.

2. *Impossibilidade do negócio jurídico não se confunde* com *impossibilidade da prestação.* Há a impossibilidade do negócio jurídico *(=* proibição, art. 145, V) e a impossibilidade originária da prestação. A constituição do direito real, se ela não é suscetível de registro, é negócio jurídico nulo (art. 145, 11): não se pode registrar; o contrato de transporte de mercadorias que estão no estrangeiro, onde se proibe a exportação, é negócio jurídico nulo (art. 145, II) a venda e compra, em grosso, de gêneros alimentícios, que o governo já requisitou, ou submeteu a venda a ser somente por entrepostos seus, a retalho, é negócio jurídico cuja prestação é impossível e, pois, nulo (art. 145, II). A promessa de constituição de direito real, que não existe no sistema jurídico, énula (art. 145, 11); a constituição de direito real fora do *numerus clausus* é inexistente; o contrato de escravidão é inexistente, não só nulo. O casamento de dois entes humanos do mesmo sexo éinexistente.

Somente entra no mundo jurídico o suporte fático, e aí é nulo o negócio jurídico, por impossibilidade 551

jurídica, se o direito trata a espécie como de verificação evidente *(=* se o ato jurídico mesmo se pode conceber). Se não se pode conceber, *e.g.,* casamento de dois varões ou de duas mulheres, não existe negócio jurídico: o suporte fático não entra no mundo jurídico.

E sutil, mas de relevância teórica e prática, a diferença entre o objeto

juridicamente impossível (art.

145,11) e o negócio jurídico que alguma regra jurídica proibe, com a consequência jurídica da nulidade (art.

145, V). O direito brasileiro distinguiu-os: no art. 145, II, fala-se dos negócios jurídicos com objeto impossível (impossibilidade física ou jurídica); no art. 145, V, de negócio jurídico, que a lei considere taxativamente nulo, ou a que negue efeito. O testamento conjuntivo, seja o simultâneo, o recíproco, ou o correspectivo, e"

"proibido" (art. 1.630); portanto, nulo (art. 145, V). O contrato que verse sobre herança de pessoa viva não ésobre objeto juridicamente impossível (art. 145, II), mas sim, em si mesmo, infringente do art. 1.089 (art.

145, V).

3. *Prestação impossível.* Impossível é a prestação que se não pode fazer, por alguma causa ligada a ela; e.g., a prestação de coisa que pereceu. Se a coisa não é do devedor, não se pode pensar em impossibilidade: o devedor é que não na tem; não pode, ele, prestá-la *(inaptidão,* impossibilidade subjetiva, *causa dilficultatis;* L.

137, § 4, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1: "et generalíter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stípulatoris pedinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui aliehum servum, quem dominus non vendat, dare promiserít", isto é, "em geral, a causa da dificuldade refere-se á incomodidade do que promete, não a impedimento do estipulante, de modo que não se comece a dizer que tampouco pode dar quem houver prometido escravo alheio, que o dono não vende"). A venda e compra de coisa alheia não é nula; há *causa commoditatis,* e não objeto impossível. A tal contrato de venda e compra somente falta a eficácia de adimplemento em natura. Há prestações que são impossíveis (e não só *inaptidão* ocorre respeito a elas), sem que esteja alhures a razão de as fazer Tal acontece quando o objetivo se passa no próprio sujeito; *e.g.,* se A promete a B guiar automóvel, quando já não tem braços: a *causa commoditatis* ou *difficultatis* une-se impossibilitas. Se o incômodo é tão desproporcionado que seria evidentemente cruel exigi-lo do devedor, tem-se o extremamente incômodo como impossível; *e.g.,* se ao vender A o objeto que está com ele no navio, já o objeto caíra no mar; porque, então, o que se gastaria para se ir buscar seria muitíssimo além do valor do negócio jurídico. Se o devedor sabia disso, o negócio

jurídico vale, porque teria medido o incômodo. Se alguém me promete prestação do que não lhe pertence, o contrato é válido: se a adquire, presta-o; se não a adquire, presta a indenização em dinheiro.

Se a prestação já era impossível ao tempo do negócio jurídico, é nulo (art. 145, II, 2ª parte). Mas pode ocorrer que haja dois ou mais objetos e seja separável a parte do negócio jurídico, tal como se há alternativa na prestação (cp. art. 885, 1ª parte, que aliás só se refere à impossibilidade superveniente, e é dispositivo), ou se o testador não ligou à sorte de uma disposição a de outra ou de outras, ou quando o mesmo ocorre em se tratando de outros negócios jurídicos a título gratuito.

É tão nulo o negócio jurídico pelo qual se promete coisa que não existe quanto aquele em que se promete coisa que está excluída de alienação. O contrato sobre coisas não suscetíveis de apropriação não existe; portanto, não se há de discutir se é nulo, ou não. Se A deixa ao sobrinho a lua, nada deixou. Se há proibição de alienar, a nulidade aprecia-se na data da conclusão. Se a prestação depende de autorização, licença de exportação, ou outro ato estatal semelhante, só há impossibilidade se, de acordo com as leis, *não poderia ser dada:* o juiz não tem de apurar se foi dada, ou não; mas sim se *podia* ter sido dada. O fato que impossibilita, juridicamente, a prestação pode ser ligado ao credor; ***e.g.,*** não poder a pessoa a que se refere o art. 1.133 comprar a coisa, ou ser cessionária do crédito (art. 1.134); já ser dono da coisa.

Se A compra casa que lhe pertence, compra nulamente; o contrato continuará nulo, ainda se o vendedor vem a adquiri-la de A. Quem vende o que não é seu vende ineficazmente, salvo quanto a ter de indenizar.

Quem compra o que é seu compra nulamente.

4.

Em que momento se aprecia a impossibilidade. O que decide, 4uanta à impossibilidade *da prestação* e consequente nulidade, é momento da conclusão do negócio jurídico (R Oertmann, *Das Rechi der Schuldverbãltniss,* 155; E Endemann, *Lebrbuch,* 1, *9ª e* d., 693, nota 9). Discute-se, porém, se basta, para a nulidade, ser certo que a

impossibilidade ocorrerá ao tempo do adimplemento; e, para a validade, ser certo que ao tempo da prestação seja possível (H. Siber, em O. Planck, *Kommentar,* II, 4ª ed., 321; P. Krtlckmann, *Unmãglicl-keit und Unmõglichkeits* prozess, 107). Assim se há de pensar, inclusive para aqueles neg6cios 551

jurídicos condicionais, em que a impossibilidade física desaparece no momento de se realizar a condição, pois que se há de entender ter sido para o caso de se tornar fisicamente possível a prestação. Nos negócios jurídicos reais, não há a questão, porque, aí, o princípio do momento da conclusão é típico.

O tratamento da impossibilidade física e o da impossibilidade jurídica não podem ser o mesmo. Se o objeto é fisicamente impossível e a impossibilidade física pode ser afastada, ou pode não existir ao tempo da condição ou do termo, *em verdade* impossibilidade física não havia. Se o negócio jurídico se concluiu para o caso de vir a ser possível, fisicamente, o objeto, ou essa impossibilidade física é *permanente* e *inafastáuel,* e não cabe pensar-se em espera do que se imagina, ou é de se admitir que cesse, ou se afaste, e então abstrata impossibilidade física não há. Não é preciso meter-se tudo isso em regra de lei, como fez o § 308 do Código Civil alemão, enunciando como regra sobre impossibilidade física e jurídica o que concerne ao conceito de impossibilidade física. É confundir o impossível no *tempo* com o impossível *punctual* (no instante, ponto de tempo, em que a regra jurídica incide sobre o suporte fático). A regra jurídica "Se a prestação é, no momento da conclusão do negócio jurídico, fisicamente impossível, e há condição suspensiva ou termo inicial, tem-se de considerar válido o negócio jurídico se, ao realizar-se a condição suspensiva, ou atingir-se o termo inicial, é fisicamente possível a prestação", ao atingir-se o termo inicial, é fisicamente possivel a prestação", ou termo inicial, a impossibilidade fisica se há de apreciar ao tempo da conclusão do contrato e até ao tempo em que se realizar a condição ou termo inicial". Basta ser possível, num dos momentos, a prestação, para que de impossibilidade física *originária* não se possa falar; qualquer impossibilidade física posterior é *superveniente.*

A impossibilidade jurídica é ligada a cada momento que passa; não se estende no tempo. Não importa se ao tempo de se realizar a condição, ou o termo, ela existe, ou não existe. Só importa o instante, ponto de tempo, em que a regra jurídica, incidindo sobre o suporte fático, lhe dá entrada no mundo jurídico. Não há *quaestio facti,* cuja solução possa ser revista enquanto pende condição suspensiva, ou termo

inicial: a questão, que há, é jurídica, — questão de incidência de regras jurídicas, *instantaneamente.*

Para o devedor é indiferente se, minuto ou minutos após a conclusão do negócio jurídico, é impossível a prestação. O que lhe importa é o momento da conclusão, se tem de prestar desde logo. Se há condição suspensiva, ou termo inicial, importa-lhe que seja possível no momento de ter de adimplir; mas ao sistema juridico, tratando-se de impossível jurídico primário, importa que o seja no momento da conclusão: o momento do adimplemento é-lhe indiferente. E certo que ao credor interessa que no momento da condição realizar-se, ou dc alcançar-se o *dies a* quo, se faça a prestação, e ao devedor, que possa fazê-la; mas, sendo de impossível jurídico primário que se trata, a política da lei é que importa, e não o interesse dos que negociaram.

Um dos pontos mais interessantes do direito sobre a mpossibilidade jurídica é o que ressalta na perspectiva no tempo, que as condições implicam. Se é certo que o art. 145,1!, trata igualmente o ilícito e o impossível, o art. 116, a respeito das condições, suscita a necessidade de se distinguir o juridicamente impossível, que é apreciado em si mesmo, o ilícito, que o há de ser no contexto do ato, e o impossível fisicamente *(=*

naturalmente impossível), pois a sorte do ato jurídico é diferente: o juridicamente impossível e o ilícito causam nulidade, o fisicamente impossível énão-escrito, inexistente, não entra no mundo jurídico e deixa penetrar o ato. Por outro lado, a condição ilícita há de ser apreciada no contexto do ato e, ainda resolutiva, pode causar a nulidade do ato; a impossibilidade jurídica só apanha a condição resolutiva, se aí é o que a ela se subordina.

Quanto às inalienabilidades objetivas ou são qualidades removíveis, ou irremovíveis, dos bens (sem cogitarmos aqui das coisas que não são suscetíveis de apropriação, a respeito das quais os negócios jurídicos não existiriam, como a venda e compra da estrela, do ar, ou da água da chuva não captada), em virtude de lei, ou provêm de negócio jurídico a que se dá publicidade registrária. Não se confundem com as proibições de dispor, que criam ilicitude, nem com as proibições de dispor, de cuja infração resulta ineficácia. O ato jurídico, pelo qual se aliena o inalienável, por lei, ou por registro de cláusula registrável, é nulo por impossibilidade jurídica (art. 145,11, 2ª parte), e não por ilicitude (art. 145,1!, 1ª parte). E ineficaz, porque é nulo. Não se torna

eficaz por desaparição da qualidade, em virtude de !ei nova, porque tal lei seda retroativa e, provavelmente, ofenderia o art. 5ª, XXXVI, da Constituição de 1988; nem se convalida, extinta a qualidade, por ato ratificativo, do alienante infrator, porque o nulo é irratificável, nem por ato da pessoa ou pessoas a favor de que se estabelecera a inalienabílidade porque se trataria de ato no presente, dispensado, ***ex hypothesí,*** por ter cessado a inalienabilidade e, quanto ao passado, por inoperante. Se E aliena o bem imóvel que A. lhe deixou, ou doou, com a cláusula de inalienabilidade, nula e ineficazmente aliena. Importa muito distinguir-se a nulidade por ilicitude (art. 145, II, 1ª parte) e a nulidade por impossibilidade do objeto (art. 145, 11, 2ª parte); tanto mais quanto os atos de disposição, por serem abstratos, são incólumes a alegações de ilicitude do negócio jurídico de que resultam, ao passo que não no são às sanções por impossibilidade. O ato de disposição

do bem imóvel, inalienável segundo o registro, é ineficaz por impossibilidade do objeto de que se dispõe.

Porém não é nula a aquisição do prédio do casino, ou do prostíbulo, em cujo contrato de venda e compra se alienou a empresa proibida, se bem que seja nulo o contrato consensual. Não é nula a transmissão do prédio por se tratar de dívida para jogar, ainda que seja nulo o empréstimo.

A inalienabilidade resultante de registro de negócio jurídico torna impossível o objeto da promessa de alienar e o ato de disposição é nulo.

5. *Auto-regramento da vontade e impossibilidade física e jurídica. a)* A autonomia da vontade não sofre limitação no tocante a poder-se prometer, com a assunção da responsabilidade especifica, a prestação fisicamente impossível. É nulo o contrato da coisa que se sabe ter perecido; mas, se A entende que não pereceu, ou que ele pode salvá-la (navio que afundou, cavalo que desapareceu e todos o têm por morto), pode, admitindo que B tem por impossível a prestação, prometer a coisa fisicamente impossível, assumindo a garantia da possibilidade da prestação. Se a impossibilidade física não foi desmentida, presta o equivalente, indenizando.

b) A fortiori, pode A prometer a prestação originariamente atingida por impossibilidade física, para o caso de vir a ser desmentida.

O mesmo que se disse em a e em *b* cabe a respeito do impossível jurídico secundário. Resta a questão do impossível jurídico primário: O negócio jurídico de tipo *a* ou o do tipo *b vale,* se se trata de impossibilidade jurídicaprimária, isto é, para o caso de *mudar a lei?* A solução ou é à semelhança da que se dá para a impossibilidade física, portanto transformando-se em impossibilidade ao longo do tempo a impossibilidade, que seria, sem isso, só *punctual;* ou é à semelhança da que se impõe, de si mesma, para a nulidade pelo ilícito.

No direito alemão, *de lege lata,* a primeira foi a adotada pelo § 309; porém é tão imoral especular „com a mudança da moral ou, mais geralmente, do ilícito, quanto especular-se com a mudança de regras jurídicas. E

verdade que há leis emergenciais, leis que dependem, por definição, das circunstâncias; todavia, ainda aí, seria permitir-se especular com a mudança de leis feitas exatamente para que se vedem especulações com as circunstâncias. A fraude à lei ressalta.

Surge, então, o problema da impossibilidade jurídica do objeto, se condicional suspensivamente, ou a termo inicial, o negócio juridico. Logo se percebe que o impossível jurídico ou *(a)* o é, porque a lei o diz (impossível jurídico primário), ou *(b)* porque há Situação jurídica (impossível jurídico secundário) que o impede. $ão é a mesma coisa ser inalienável o bem por incidência de ter a juridica, que o fez tal, e não poder A comprar a coisa que tinha o direito não lhe proibe vender, nem ao comprador que a Compre; o negócio jurídico puro é nulo; o negócio jurídico condicional, ou a termo, não, porque está na vontade mesma de quem compra o que é seu aliená-lo e o fato de apor a condição ou o termo revela que ele *quis* o negócio jurídico, com o poder de alienar a coisa, com a vinculação do vendedor da coisa alheia a ele, se ao tempo da realização da condição ou do termo não for, de novo, sua.

1-Há dois textos romanos que merecem lembrados. Na L. 61, D., *de contrahenda emptione,* 18, 1, Marcelo disse: “Existimo posse me id quod meum est sub condicione emere, quia forte speratur meum esse desinere” (Estimo que posso comprar sob condição o que é meu, pois que se espera que talvez deixe de ser meu). Muito antes do claro Marcelo, na L. 31, D., *de verborum obligationãbus,* 45, 1, Pompônio dizia: “Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit” (Se sob condição estipulei

coisa minha, útil é a estipulação, se não for minha ao tempo de se cumprir a condição) 6. *Invalidade e ineficácia.* A coisa embargada, penhorada ou em execução, ou por outro modo constrita, não é coisa que se considere objeto impossível, juridicamente; os negócios jurídicos, ainda os de venda e compra, valeM, apenas são *ineficazes* quanto àqueles a favor de quem se embargou, penhorou, ou de outro modo se constringiu. E o que se há de entender a respeito de toda coisa litigiosa.

7.

Cessão de crédito futuro. A cessão de créditos, a titulo oneroso, pode ser de crédito futuro (isto é, ainda não-existente). Quando o art. 1.073 diz que o cedente fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lho cedeu, exclui a incidência do art, 145, II, verbo "impossível"; tanto assim que concebe a responsabilidade como garantia legal, ainda que não a tenha assumido. Quem responde em virtude 551

de garantia legal está em relação jurídica oriunda de ato jurídico, ou de fato jurídico *stricto sensu.* O art. 1.073

contém, pois, exceção ao art. 145, II, *verbo* "impossível".

.

8.

Interesse negativo. Nos negócios jurídicos cujo objeto é impossível, um dos figurantes pode ignorar a impossibilidade, conhecendo-a o outro ou os outros. A indenização é segundo o que o contraente não teria perdido, se não houvesse concluído o contrato (interesse negativo), porque houve a confiança na validade *(Vertrauenschaden,* danos da confiança, que são uma das espécies de interesse negativo). O art. 158 não impede que assim seja; e a equidade exige-o.

§ 398. Falta de objeto e objeto impossível

1. *Falta de objeto.* Há casos em que a impossibilidade deriva da falta do objeto: o negócio jurídico é sem objeto *(gegenstandlos).* Daí Teixeira de Freitas, no *Esbôço,* art. 789, art. 59, dizer que os negócios jurídicos serão nulos „quando não tiverem *objeto,* ou seu *objeto principal* for proibido". Aqui, tem-se de distinguir o negócio jurídico cujo objeto é fisicamente impossível, o negócio jurídico cujo objeto é juridicamente impossível, e o negócio jurídico que seria realmente sem objeto. Na segunda classe, e não na terceira, teríamos de pôr o negócio jurídico de venda e compra da coisa do comprador; na terceira, a venda e compra das coisas que não poderiam, *nunca,* ser objeto de direito: *e.g.,* o sol, a lua, o "poder legislativo", o "poder judiciário", o

"poder executivo". Seria inexistente.

2. *Impossibilidade.* E preciso ter-se sempre em vista que só se trata de impossibilidade originária **Capitulo V**

Forma

§ 399. Validade e forma

1.

Forma, pressuposto de validade. No direito brasileiro, ou a forma é deixada a líbito do figurante, ou dos figurantes dos atos jurídicos, ou é exigida como pressuposto necessário do ato jurídico. Se é exigida, a infração da regra jurídica sobre forma importa nulidade, e não anulabilidade. Se a forma é pública, dá-se, como veremos, a incidência de dois princípios: o princípio da nulidade, por infração de forma; e o principio da desconstituição só mediante processo judicial, ou administrativa especial, do ato jurídico estatal. O resultado está em que, se houve alguma violação de lei pelo oficial público, ainda que sem atingir o ato jurídico, tem-se de observar aquilo que se exigiu, em lei, para a desconstituição do ato da autoridade pública em sentido lato. O

assunto merece trato especial neste capítulo.

2.

Forma especial e atos jurídicos. A forma especial pode ser exigida a manifestações de vontade e às próprias comunicações de donhecimento e de sentimento. Se são partes de manifestação de vontade, obedecem à forma dessa; *e.g.,* a comunicação das qualidades do imóvel alienado. Algumas, porém, autônomas, têm forma especial. Por exemplo, a do art. 1.207 (cf. Código Civil argentino, arts. 1.616 *e* 1.617).

A nulidade por infração de regra jurídica sobre forma especial, quando o instrumento contém dois ou mais atos jurídicos, a algum ou a alguns dos quais não se refira a regra jurídica sobre forma especial, somente atinge o ato juridico ou os atos jurídicos para os quais é elemento do suporte fático a forma especial *(e.g.,* venda e compra do imóvel de valor superior a cinqUenta mil cruzeiros e de imóvel de valor até cinqUenta mil cruzeiros, inclusive, ou de móveis, cf. 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de janeiro de 1949, *RT* 179/272).

3.

Formas especiais e sanção de nulidade; princípio da correspondência da forma especial e da prova.

As formas especiais mais relevantes em teoria e prática são a forma escrita, a forma pública (escritura pública ou notarial ou outra de origem estatal), a escritura pública (notarial), a escrita particular com reconhecimento, e a escrita com conferência e concerto. Na técnica legislativa, a forma especial tem por fito reduzir ao mínimo a atribuição de manifestações de vontade ou de comunicações de conhecimento a quem não nas fez, assegurar a conservação da prova dessas manifestações ou comunicações, evitar que se tenham como suporte fático de atos juridicos, negociais ou não, manifestações de vontade ou comunicações de vontade, que se não destinavam à entrada de suporte fático no mundo juridico. Com isso, ao correr dos entendimentos e conversações dos futuros figurantes, pode qualquer deles saber qual o momento preciso em que ficariam vinculados, Separa-se, com o expediente técnico, o tempo em que se *discutiu* e se

reflexionou e o momento em que se *concluiu* o negócio juridico, ou se *fez* a comunicação de conhecimento, ou de sentimento. A origem disso prende-se à história mesma da psique humana: o contacto com o *alter,* a discussão, a reflexão (que é a discussão que se interiorizou) e a decisão. Naturalmente, concorre a forma especial para maior atenção, amadurecimento, esclarecimento e precisão do que se manifesta ou comunica. No direito cambiário, a localização das assinaturas no título formal e a ligação entre nomes que constam do título e nomes apostos depois mostram bem até que ponto de aperfeiçoamento pode chegar a técnica da forma. Além desses préstimos da forma especial, tem ela o de servir à *prova.* De regra, simplifica-se a solução do problema da prova: é o *princípio da correspondência entre a forma especial e a prova* que está implicito no sistema jurídico; donde ser preciso regra jurídica especial para se lhe abrir exceção *(e.g.,* art. 135, parágrafo único: "A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal. Em todo o caso, há o problema da desaparição ou destruição dos livros de registro e outras circunstâncias semelhantes, em que se prova a circunstância *mais* o ter existido o ato jurídico, com a forma especial. O assunto merece trato à parte.

4. Técnica legislativa da forma: convenientes e inconvenientes. Ao lado das conveniências, que a técnica legislativa leva em conta, ao estabelecer a necessidade de determinada forma, — há os inconvenientes da forma. Nos primeiros degraus da evolução jurídica, a técnica do formalismo colocava-se no *plano da existência :* ou o ato jurídico tinha a sua forma adequada, e *era;* ou não na tinha ele, e *não era.* Quando, hoje, dizemos: "A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, 1), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)", ou "A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82)", já superamos, de muitos séculos, a era da forma pressuposto de existência: tudo se passa no *plano da validade.* Os arts. 130 e 145 apenas o reafirmam: „Não vale o ato, que deixou de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida" (art. 130); "E nulo o ato jurídico: III - quando não revestir a forma prescrita em lei" (art. 145). Porém, ainda quando já concebida no plano da validade, a forma especial apresenta inconvenientes: não raro, negócio jurídico ou comunicação de conhecimento que satisfez todos os outros requisitos e cujos suportes fáticos, portanto, corresponderam ao que esperavam os figurantes, é *nulo,* por infração de regra juridica sobre forma especial e, pois, não surte efeitos. Para o intérprete da *lex lata,* o legislador, ao fazer a regra jurídica sobre forma especial, pesou as

conveniências e os inconvenientes. Não há de o intérprete — inclusive o juiz — nem pode ele repesálos Foi porque os viu, às conveniências e aos inconvenientes, que o legislador somente adotou forma especial para alguns negócios jurídicos e outros atos, e não para todos.

Ademais, deixou aos interessados, fora dessas regras jurídicas cogentes, a *escolha da forma,* como conteúdo da autonomia da vontade: ainda que a lei não exija, in *casu,* a escritura pública, ou a escrita, ou a escrita com o reconhecimento notarial das firmas, podem os figurantes ou o único figurante usar a forma especial. Aí, foi o particular mesmo que pesou conveniências e as inconveniências, reflexionou, e decidiu.

5.

Forma especial negocialmente imposta. Diz o art. 133: "No contrato celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato." O legislador poderia, no art. 133, ter inserto regra jurídica *interpretativa:* em caso de dúvida, ter-se-ia por nulo o negócio jurídico que não obedeceu àforma que se determinou noutro negócio jurídico (Código Civil alemão, § 125, 2ª parte); mas, em vez disso, concebeu-a como ius *cogens:* se foi estabelecida em negócio jurídico a forma do outro negócio jurídico, o desatendimento da convenção importa em nulidade. A concepção da regra jurídica como interpretativa considera que, frequentes vezes, só se estabeleceu a forma como sugestão, ou comunicação de vontade; verdade é, porém, que a alternativa a respeito de nulidade *(=* na dúvida, é nulo o negócio jurídico ou ato jurídico) se evidencia 551

desaconselhável. Tanto mais quanto a concepção da regra jurídica como cogente não exclui que o juiz veja, in casu, só sugestão ou comunicação de vontade; por exemplo, para segurança maior da prova. Então, não tendo havido negócio jurídico, a regra jurídica do art. 133 não incide. Se houve, a nulidade é conseqüência necessária. Advirta-se mesmo em que a exigência convencional, ou autonormativa, pode ser tácita, inclusive se há uso e costume *(=* negócios jurídicos ou atos jurídicos *repetidos,* cf. Código de Processo Civil de 1939, arts. 259-262; *Comentários,* II,268-272). Se há costume (regra jurídica costumeira), é diferente: ou essa regra é cogente, e incide, em vez da convenção; ou é interpretativa, e a convenção a exclui.

A regra é a liberdade de forma; mas as exceções quase a eliminam. A vontade mesma pode preestabelecer exigência de forma. O art. 133 é apenas incluído em princípio que se pode enunciar: “A forma é de exigir-se, com a sanção de nulidade, se há infração: quando a lei a determina, ou quando foi negocia!mente preestabelecida.” Não se trata, portanto, somente da exigência de escritura pública, posto que seja a espécie que mais acontece. A generalização quanto à *escrita,* que provém do Alígemeines Landrecht prussiano (1, 15,

§ 117), do direito obrigacional suíço (hoje, art. 16) e do direito civil alemão (§§ 125, 2ª parte, e 154), foi seguida pela Novela austríaca de 1916, que emendou o § 884 do Código Civil austríaco. Em todos esses sistemas jurídicos, a regra jurídica é interpretativa (contra, a jurisprudência inglesa, que afastou a interpretatividade). Mas todos presumem não se terem vinculado os que convencionaram; portanto, a sanção de nulidade, que supõe entrada do negócio no mundo jurídico. A técnica européia por vezes preferiu a regra jurídica pré-excludente *(*= no plano da existência) à regra no plano da validade *(*= sobre ilícito nulificativo).

Marca de romanismo tardio. Mas os juristas europeus, que ai falam de resolução, são contraditórios, e é velha a contradição deles (cf. Emil Uranitisch, *Die Formverfúgung bei Rechtsgeschãften,* 3): o nada não se resolve; aliás, também, a preliminar da nulidade tornaria supérflua a resolução, ou a revogaçâo.

Em Lei de 1ºde junho de 528, Justiniano (L. 17, C., *de lide instrumentorum* 4, 21) estatuiu que, havendo sido escolhida a forma, não tivessem força, se não obedecessem à forma escolhida, os contratos, de maneira que não se pudesse pedir reivindicação antes de satisfeita a exigência formal, nem deles se pudesse invocar qualquer direito (cf. *pr.,* 1, *de emptione et venditione,* 2, 23). O “non aliter vires habere sancimus” prestou-se a que na L. 17 só se visse regra de polícia jurídica, que poderia ser invocada ainda *contra* a vontade dos contraentes (ius *cogens).* Assim, E L. von Keller *(Pandekten* 1, 485 s.), que exprobrou a “presunção” a que a lei prussiana aludia, e F. Regelsberger (Die Vorverhandlungen, *Civilrechtliche Erórterungen* 1, 145 s.). A opinião de G. Setzer *(Abhandlung,* 1 s.), seguida por E. Uranitsch *(Die Formverftigung* 8 s.), levaria ao direito de resolução ou, melhor, àrevogabilidade, mas verdade é que nenhuma força havia a convenção, isto é, não entrava no mundo jurídico. A discussão sobre ser exigência para a prova, ou da substância do contrato, encontrava nessas indecisões campo largo. A outra, sobre ser interpretativa a regra de só se entender exigida para a prova a escrita, ou a escritura

pública, culminou com as disputas de 5. Stryck e W. Leyser, a que alude A. Levser, nas *Meditationes* ad *Pandectas.*

O art. 133 fala de não valer sem instrumento público o contrato, se foi celebrado com a cláusula de não valer sem tal instrumento. Claro que tal instrumento foi mencionado antes, alhures; e o contrato, que já estaria feito, com infração, poderia ser provado por outros meios, o que faria supor-se a só exigência para a prova normal; mas o art. 133 emprega expressões inconfundíveis: "é da substância do ato. O pacto de forma entra no mundo jurídico, e vale; não vale o que o infrinja. Aliás, pode dar-se que só um dos figurantes haja estabelecido a não-validade, e do mesmo modo — salvo se o contrato antecedeu ao pacto, ou se não houve recepção — o negócio juridico unilateral tem a eficácia de exigir a forma ao negócio jurídico plurilateral, de que é um dos elementos, ou ao outro elemento (E. Uranitsch, Die *Forrnverfúgunq,* 18). O oferente pode exigir que a aceitação seja por escritura pública, ou que só se tenha por vinculado quando se fizer a escritura pública da oferta, ou do negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Pode exigi-lo o ofertado ou destinatário da oferta.

Resta saber se, sendo nula o negócio jurídico que violou a regra negocial de forma e, pois, não tendo efeito, algo dele fica. O negócio entrou no mundo mirídico, onde poderia ter alguni efeito, se o sistema jurídico o admitisse. Nenhum efeito jurídico tem ele; porque se nele mesmo houve o pacto, é o pacto, válido, que o tem, e não ele. O que fica é apenas fático, — apontamentos, conversações, *pau rparleurs,* preparativos.

Se houve negócio jurídico selecionador de forma, nos termos do art. 133 ("contrato, está, ai, ao invés de

"negócio jurídico, plurilateral ou unilateral), o contrarius consensus pode distratar o negócio jurídico que escolheu a forma, ao passo que a exclusão da exigência feita em negócio jurídico unilateral fica dependente da revogabilidade ou modificabilidade prevista. A revogação, modificação ou distratação pode ser tácita (O.

Warneyer, Korn *mentor,* 1, 199 s.), em negócio jurídico posterior A escolha de forma pude ser em testamento, ou em codicilo, ou em promessa de recompensa, ou em alerta (quanto à aceitação, ou alguma comunicação de conhecimento). Não importa se a forma que se escolhe em negócio jurídico plurilateral, ou unilateral, é para 551

ato jurídico unilateral, ou não (G. Planck, *Komrnentar,* 1, 4ª ed., e 15); e.q., denúncia, direito de resolução ou de resilição, fixação de prazo. As regras de forma estabelecidas em estatutos de sociedades, ou de fundações, ou de sindicatos, são negócios jurídicos da espécie do art. 133. Se no negócio jurídico foi dito que algum outro negócio jurídico (inclusive aceitação e denúncia) seria enviado em carta registrada e não se observou isso, o art. 133 não incide: houve apenas recomendação ou sugestão, e não estipulação de forma (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 390, nota 2). O mandante pode estabelecer a forma que há de ser empregada pelo mandatário, no cumprimento do mandato, O juiz, a forma que se há de observar em quaisquer atos que dependam da sua autorização, ou de ato seu de suprimento do assentimento de alguém. Nada obsta a que se exijam duas formas, uma para a conclusão, e outra, posterior, para maior segurança; então, o art, 133 não incide: a infração do estipulado é violação de obrigação pelo que não cumpre o prometido.

Uma das consequências do art. 133 é a de que, se algo se manifestou, ou comunicou, sem a forma negocialmente exigida, não se vinculou quem se manifestou, ou comunicou; salvo, o que é raro, se os figurantes, a despeito da exigência negocial da forma para o negócio jurídico, entenderam, no intervalo de templi, pré-contratar, de modo que esse pré-contrato vincule como p:é-contrato e ainda se haja de concluir o negócio jurídico pré-contratado, respeitada a forma negocialmente preestabelecida (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 392, nota 9).

Quanto ao problema da distratação do negócio sobre orma, no próprio negócio jurídico que a deveria observar e não observou, o direito brasileiro, possuindo a regra jurídica do art. 1.093, 1ª parte (“O distrato faz-se pela mesma forma que o contrato.”), obriga a que se ponha por princípio que a exigênctia de forma, feita em negócio jurídico plurilateral, que se fez em escritura pública, não pode ser objeto de distrato que não seja em escritura pública; portanto, se o negócio jurídico a que se exigiu a forma especial não foi em escritura pública, nele não se pode conter, validamente, cláusula que suprima a fixação convencional de forma, ainda se explícita. Por conseguinte, a conclusão do negócio juridico que não obedeceu à forma negocialmente estabelecida, somente se entende precedida de supressão da exigência de forma especial, se dele consta, explicitamente, distrato ou outro modo de supressão, para o qual tenham siclo observadas as regras jurídicas de forma, inclusive a do art. 1.093, 1ª parte.

6.

Sanções por infringência das regras jurídicas sobre forma. No art. 130, o Código Civil adverte que as regras jurídicas sobre forma são, em principio, de direito cogente (= não se pode validamente chegar ao que se quer sem se utilizar a forma especial): "Não vale o ato, que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta comine sanção diferente contra a preterição da forma exigida." A sanção, não sendo, na espécie, a nulidade, desloca para outro plano, provavelmente o da eficácia, a conseqtiência da infração.

Ainda que a regra jurídica sobre forma especial tenha como sanção à infração a nulidade, não há princípio que estabeleça a interpretação estrita. Certo, é regra que os negócios jurídicos, ou, em geral, os atos jurídicos não precisam de forma especial, e excepcional é que se lhes exija alguma forma determinada. Nem as leis precisam dizê-lo. Têm-se de interpretar as regras jurídicas sobre forma especial como abrangentes do que, segundo as regras de interpretação das leis, a despeito da insuficiência ou largueza da letra, devam abranger; a lei considerou nulos os contratos do *art.* 134, 11, quando infringentes da forma especial, mas dai não se haveria de tirar que os pré-contratos também o seriam (nosso *Trotado de Direito Predial,* III, 154 s.). A própria analogia épossível (A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 11, 501). Pretendeu Hans Wostendôrf ar (Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt, *Archiu fbr die* civilistische *Prnxis,* 110, 327 si, depois de se referir ao método de se procurar qual o fim da exigência de forma, para se saber qual o verdadeiro conteúdo da regra juridica que adota, cogentemente, forma especial para determinada espécie de atos juridicos (cf. E. Danz, *Auslegung der Rechtsgeschtift,* 3ª ed. 174 s. e 294 s.; *Richterrecht,* 205 s.; *Einfiihrung in die Rechtsprechung,* 92 sã, que se *dispensa a* sanção de nulidade quando o fim social do negócio jurídico se alcança de outra maneira. Ora, tal critério é absurdo: poria a perder a regra jurídica sobre forma especial.

7.

Nulidade parcial por defeito de forma. a) A nulidade pode somente concernir à parte do ato juridico, se a forma só é exigida a uma ou algumas das manifestáções de vontade, de conhecimento ou de sentimento. Por exemplo, à parte em que se acorda transmitir propriedade de imóvel de valor superior a cinquenta mil cruzeiros

(art. 134, II). Em todo o caso, o art. 153 é de invocarse. *b)* Ninguém pode opor ignorãncta a respeito de regras jurídicas sobre forma; nem ofende aos princípios de boa-fé e de ética, que regem o cumprimento dos negócios jurídicos, alegar-se nulidade por defeito de forma. *c)* O que se prestou em adimplemento de negócio 551

jurídico nulo por defeito de forma pode ser repetido (Hans Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichungsgeschàfte, *Archiv jur die ciuUistische Praxis,* 104, 5 sã; não há dever moral ou obrigação natural de dar cumprimento a negócio jurídico nulo por vício de forma, se bem que possa haver reparação do interesse negativo. Caem, assim, as arras. O documento da dívida há de ser restituído: foi entregue síne *causa.* O reconhecimento da divida, oriunda de negócio jurídico nulo, é reconhecimento de *dívido* inexistente; porque o negócio jurídico nulo existe, porém não a sua eficácia e os conceitos de direito, pretensão, ação, exceção, dever, divida, obrigação, como o de relação jurídica, são do plano da eficácia, onde o efeito existe ou não existe. Se, em verdade, houve intuito de confirmar, não há confirmação do nulo, posto que, satisfeitos, *ex* novo, os requisitos de validade, se haja de admitir nova conclusão ou celebração, com eficácia só ex *nunc.*

d) No direito brasileiro, o negócio juridico formal somente pode ser extinto *(e.g.,* ser distratado o contrato, art.

1.093, 1ªparte), se por outro ato forma!. O princípio não apanha a extinção de efeitos (direitos, pretensões, ações, exceções, deveres, obrigações): a quitação vale, qualquer que seja a sua forma (art. 1.093, 2ª parte); a remissão do crédito criado pelo contrato formal ou negócio juridico unilateral formal não exige a forma do negócio juridico de que deriva (G. Planck, *Konirnentar,* II, 1, 4ª ed., 544). *e)* Se no mesmo ato o figurante ou os figurantes juntaram negócios jurídicos diferentes, algum ou alguns não-formais, a nulidade só atinge a esses, se é isso o que resulta do conteúdo da união de negócios jurídicos. Em todo o caso, a extinção do não-formal não exige a forma especial que se adotou para o todo (G. Planck, *Kommentar,* 1, Q ed., 317), salvo se, além da união, se estipulou forma especial para a extínçao (art. 1331. Porém a ampliação do negócio jurídico em que o não-formal ficou, no conteúdo, dependente do formal, não vale: a dependência operou como estipulação de forma para a ampliação. Se a nulidade por defeito de forma é quanto ao pacto, e nao quanto ao cerne do negócio jurídico, ainda ai é de invocar-se o art., 153. Se, no subordinarem os figurantes todo o contrato, com as cláusulas, à forma, que é especial a ele, ou a alguma ou algumas cláusulas, um deles errou, pode argúir a nulidade por erro, não por defeito de forma. O conteúdo do ato, em sua totalidade, é que decide quanto à validade dos pactos posteriores,

não-formais.

Respeito à transação, o art. 1.026 estatui: “Sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta.” É. o principio da contagiação, em vez da duplicidade principal do art. 153; mas o parágrafo único logo o exclui, no tocante a direitos do *caput* controuersum: “Quando a transação versar sobre diversos direitos contestados e não prevalecer em relação a um, fica, não obstante, válida relativamente aos outros.“ A transação ai nao e uma so, ha duas ou mais transações, separáveis. Aliás, fora de assim se entender ainda se o parágrafo único não tivesse sido acrescentado. Tal como acontece no direito civil argentino (art. 834: “Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de elias que fuese nula, ó que se anulase, deja sin efecto el acto de la transacción”).

Se a transação é sobre a arguição da nulidade do negócio jurídico, nenhuma causa existe para se considerar nula a transação. O caput *controversum* pode estar na existência ou não-existência, da nulidade ou validade, na anulabilidade ou não-anulabilidade do negócio jtiridico (cf. Hans Reichel, Zur Behandlung, *Archiu* for die ciuilistische Praxis, 104, 112).

§ 400. As escrituras públicas

1.

Fé pública e escritura público. A escritura pública, devido á fé (pública), de que usa o tabelião, tem de ser atacada em ação ordinária, salvo se se trata de incompetência do oficial publico, falta de data, ou de designação do lugar, falta de subscrição do figurante, ou das testemunhas, ou de não constar ter sido às partes e testemunhas antes de assinada (Reg. nº 737, art. 684, § 2ª Lafaiete Rodrigues Pereira, Direito das Coisas, ii, 333). Quando se trata de negócio jurídico de transmissão de imóveis, o registro é que a perfaz, de modo que, procedendo-se ao registro, o negócio jurídico real é incólume á nulidade da escritura pública: a ação de enriquecimento injustificado é pessoal (art. 968 e paragraf o único).

As nulidades do negócio jurídico que não sejam do instrumento não

têm a cobri-las, com a exigência do rito ordinário da ação, a fé, de que dispõe o tabelião; nem o rito ordinário as torna anulabilidades.

2.

Invalidade da escritura público. O problema da decretação da invalidade do ato de direito público com fé pública (e não só dos atos dos tabeliães) é de separar-se, rigorosamente, do problema da decretação de invalidade do ato juridico a que se deu forma pública, por oficial de fé pública, ou a que se seguiu registro com 551

fé pública, e do problema da invalidade dos atos de direito sem fé pública, a) Se há *inexistência* do ato *(eg.,* a pessoa que figura, como outorgante, na escritura pública, não existe), o ato não existe (=z não é ato jurídico), e a ação declaratória negativa (Codigo de Processo Civil, art. 49, parágrafo único) deixa a escritura pública como oca. Se quem assinou não foi o próprio, há falsidade, e a sentença, na ação de falsidade (declaratória negativa), exclui que da relação jurídica conste a pessoa que se dizia ter assinado, desconstituindo-se, assim, a fé pública do oficial que deu ao ato a forma pública, ou o registrou, afirmando a identidade. Tudo se passa, antes, no plano da existência. B) Se a alegação é de incapacidade do figurante (absoluta, art. 145, 1, ou relativa, art. 147, 1), o rito processual depende da espécie de invalidade (cf. art. 146), e nada tem com o rito exigido à desconstituição dos atos de direito público, com fé pública, porque a declaração do oficial, respeito à idade dos figurantes, não tem fé pública (têm-na a certidão do registro de nascimento e de casamento). De modo que, tratando-se de incapacidade absoluta, pode o juiz conhecer, de oficio, da incapacidade, ou atender ao que alegou qualquer interessado, sem exigências de forma processual especial (art. 146). A escritura pública, se é o caso, fica como oca, declarada, sem exame dela, a inexatidão do enunciado sobre a idade. Se a incapacidade érelativa, tem-se de propor a ação de anulação do ato jurídico, segundo os princípios. *c)* Se a alegação é de ilicitude ou impossibilidade do objeto (art. 145, II), dá-se o mesmo que a respeito da incapacidade absoluta: a escritura pública ou o ato público de oficial de fé pública não "reveste" a nulidade por objeto ou fim ilícito ou impossível, porque isso só é matéria, para o oficial público, de instrução (= a regra jurídica é, para ele, instrucional); o ato jurídico, a despeito de ser impecável a escritura pública, em si, é nulo.

Exemplo temos no Decreto-Lei nº 9.085, de 25 de março de 1946, art. 2ª, relativo aos atos constitutivos de pessoas jurídicas quando o objeto

ou circunstância relevante indique destino ou atividade, com eiva de ilicitude, ou de contrariedade, nocividade ou periculosidade para o bem público, ou ofensa ou ameaça à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, àmoral e aos bons costumes. A regra jurídica é instrucional. Ocorrendo alguns desses casos, o oficial do registro tem de sobrestar no processo de registro, de ofício, ou por provocação de qualquer autoridade pública, levantando a dúvida, na forma dos arts. 198-207 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, (Decreto-Lei nº 9.085, art. 39), Também não podem ser registrados os atos constitutivos de sociedades ou associações, que, antes do pedido de registro, ou concomitantemente com esse, tenham exercido atividade e praticado atos contrários, nocivos ou perigosos para o bem público, ofensa ou ameaça à segurança do Estado, ou da coletividade, ou à ordem pública, ou social, ou à moral e aos bons costumes (Decreto-Lei nº 9.085, art. 49). Trata-se de efeito *anexo* de alguma decisão judicial, — o oficial, de oficio, ou por promoção de qualquer autoridade, deve sobrestar no registro, observando o disposto no art. 39□ O registro não obsta à propositura da ação de dissolução (Decreto-Lei nº 9.085, art. 59). A falsa declaração de fins dá ensejo à ação declaratória cumulada com a de cancelamento do registro, com eficácia ex nunc. *d)* Quando houve preterição de alguma solenidade ou requisito necessário à validade do ato juridico, ainda que não seja da escritura, há nulidade do ato jurídico, e fica como oca a escritura pública. O art. 146

incide. Por exemplo: se o pai, tutor ou curador vendeu imóvel do filho, tutelado ou curatelado, sem a devida autorização do juiz (arts. 386, 427, VI e 453), ou se o pai vendeu ao filho sem o consentimento dos outros descendentes (art. 1.132), é nula a e venda e compra, embora não no tenha sido a escritura pública que fica, então, sem conteúdo (= como oca); *e)* Se o ato jurídico é anulável por erro, dolo, coação, simulação ou fraude contra credores (art. 147, II), a ação vai contra o ato jurídico, e não contra a escritura pública. Se há vicio em que seja parte o oficial público, a ação também se dirige contra ele. Não surge questão de rito processual, porque tanto a ação de anulação do ato jurídico quanto a de invalidade do ato do oficial público têm rito ordinário.

A ação de invalídade do ato jurídico, de direito público, que é o de escrituração pública, ou de registro, ou outro, segue os seus princípios. Pode dar-se que o oficial público seja incompetente, e a ação é de nulidade; pode dar-se que não seja oficial público quem praticou o ato de direito público, então o ato jurídico não existe.

3.

Escritura pública exigida negocialmente. Se os futuros figurantes acordaram em que a venda e compra futura somente seria válida se por escritura pública, não há pensar-se — no direito brasileiro — em que se possa tacitamente distratar tal acordo, sem ser por escritura pública, porque lhe seria óbice a regra jurídica do art. 1.093. Se um deles afirma que houve distrato, corre-lhe o ônus de prová-lo. Surge, porém, o problema do contrato executado, para o qual se infringiu o acordo sobre forma voluntária. No direito brasileiro, não se pode aludir, aí, a distrato tácito. Nem se pode atribuir ao adimplemento tal eficácia ratificativa, convalidante, do nulo; só a lei poderia dizê-lo. O mesmo raciocínio há de ser feito para a declaração unilateral de vontade que estabeleça a forma especial voluntária. Porque a revogação há de ser na forma especial que se quis para o negócio jurídico futuro, O negócio jurídico que infrinja a forma especial é nulo. Não se ratifica, não se convalida. O art. 133 refere-se assim a contratos como a negócios jurídicos unilaterais por efeito dos quais haja de ter forma pública o negócio. O adimplemento não torna válido o ato nulo, o ato jurídico nulo não produz 551

direitos, nem pretensões, nem ações, nem exceções. Devido à existência de causa, pode dar-se que se justi-fique a prestação, porém isso não é resultado do ato jurídico nulo, nem se há de confundir com a obrigação natural em que há obrigação, e não há a eficácia da pretensão, ou ação. Do adímplemento nasce crédito, mas crédito que resulta do fato de se ter prestado, fato que entra no mundo jurídico podendo justificar a prestação, eventualmente a irrepetíbilidade. Estamos, portanto, longe de qualquer ratificação ou convalidação do negócio jurídico nulo.

Quanto aos pactos adjectos, também não se pode, no direito brasileiro, admitir revogação da declaração unilateral da vontade, ou o distrato do negócio jurídico bilateral, em que se escolheu forma pública como substancial, sem se adotar a forma pública. Nem, tampouco, quanto a pactos adjectos ao ato jurídico voluntariamente sujeito à forma pública, sem que tal forma se observe, salvo se a própria escritura pública, que se siga, insere cláusula que daí por diante permita tais pactos.

A escritura pública a que se refere o art. 133 pode conter declarações de vontade, que se refiram a contrato já celebrado, ou abstraiam de

todo o passado, impondo o contrato formal, sem qUalquer ligação com os entendimentos não-formais anteriormente havidos. O problema é somente de interpretação, devendo, em caso de dúvida, assentar-se que o contrato abstrai do passado. Dai resulta que as divergências entre os acordos orais e escritura pública posterior são cortadas pela escritura, que não pode ser considerada inexata ou incompleta, pelo simples fato de haver nos elementos volitivos anteriormente expressos discordância com o texto da escritura pública (cf. H. Titze, *Die Lehre vorn Missuerstândnis,* 132 s.). Muito diferente é o que se passa se a escritura pública se reduz, de si mesma, á reprodução de contrato anterior. Porém, tanto numa quanto na outra espécie, é preciso distinguirem-se acordos não-formais e simples diálogos, em que não se chegou a acordos, ou em que acordos foram desfeitos. Aqui cabem, para interpretação do negócio juridico que observou a forma voluntária pública, os mesmos princípios de interpretação que se hão de respeitar quando se trate de interpretação de negócio jurídico em que, sem prévia estipulação de forma necessária, se adotou escritura pública.

§ 401. Ações contra o instrumento público

1.

Falsidade e erro. O instrumento público tem por si a presunção de autenticidade, salvo onde há rasuras, borrões, cancelamentos, entrelinhas e mais alterações do teor normal. Se o instrumento público não contém o que o figurante ou os figurantes declararam, afirma-se *(a)* que a forma pública não corresponde ao ato jurídico, ou *(b)* que não houve ato jurídico a que ela correspondesse. Na segunda espécie, a ação é declarativa, ainda que incidente, pois que se afirma a falsidade da escritura pública. Na primeira, entende-se que houve erro na trasladação do pensamento, erro que os figurantes, todos, reconhecem, ou erro que um só ou alguns dos figurantes afirmam, Em ambas as sub-espécies, tem-se por fito dar prova de que a *instrumentação* foi defeituosa. A chamada ação de anulação de escritura, na espécie *(a),* não é mais do que ação constitutiva negativa da forma sem conteúdo, em que se embute ação de declaração de ineficácia do ato jurídico, por falta de forma que lhe corresponda. Se o defeito é apenas em alguma cláusula e a interpretação não o elimina, a desconstituição é parcial, porém nem sempre a parte é separável do resto (art. 153, 1) parte).

Se os erros de redação do instrumento público podem ser corrigidos por meio de interpretação, com apoio nas declarações que foram, em verdade, feitas ao oficial público, não se precisa de qualquer ataque à forma pública.

Se a forma errônea dada á declaração foi a que serviu àaceitação pelo outro figurante, ou pelos outros figurantes, ou se a manifestação de vontade foi receptícia e chegou à outra pessoa, por traslado, ou certidão, ou por leitura do ato jurídico publica-mente instrumentado, o figurante tem de ir contra o instrumento público, invocando o art. 89.

2.

Ação declaratória. A ação declaratória sobre falsidade do instrumento público abrange a de falsidade e a de que foi lida, o instrumento público é falso, bem assim é falsificado se cancelou, por meio de ressalva, alguma cláusula, aproveitando linha anterior às assinaturas. Se alguém, que não tem qualidade para tal, insere, no livro de notas, ato juridico, que não foi assinado pelo oficial público, nem pelos figurantes ou testemunhas, ou só o foi por todos ou alguns figurantes e testemunhas, ou pelas testemunhas, não há instrumento público.

551

Idem, se é falso o traslado, não assinado pelo oficial público, ou se foi falsificado. O julgamento sobre o público fez assinar-se a folha do livro que não leu, em vez da ação de falsidade ou de falsificação por terceiros. Se o oficial traslado pode não recair sobre o original, se esse é verdadeiro.

3.

Ação constitutiva negativa. O erro em dar forma trata-se como o erro em transmitir. Dai a invocação do art. 89. Se a falsidade ou falta de poderes é do procurador, tudo se passa no plano do conteúdo, salvo se o oficial público também participou da aparência para a falsidade, ou afirmou a existência de poderes, — caso em que se desconstituem fundo e forma. Se a decisão foi sobre falta de poderes e o dono do

negócio ratifica (art. 1.343), a forma, que não fora atingida, enche-se de conteúdo.

§ 402. Nulidade do instrumento e nulidade do ato jurídico

1.

Instrumento e ato *jurídico.* Se o ato jurídico não exige forma especial, a nulidade da forma especial não atinge o ato juridico.

Se o ato jurídico podia ser por instrumento particular e o figurante ou os figurantes entenderam que deviam fazê-lo em forma de escritura pública, mas a escritura é nula porque as pessoas que assinaram como testemunhas não podiam testemunhar, a prova por outros meios é admissível (arts. 135, parágrafo único, 152, parágrafo único). Se o ato jurídico exige forma especial, incide o art. 145, 111 (arts. 82 e 130); de modo que não se pode pensar no art. 152, parágrafo único, que diz: "A nulidade do instrumento não induz a do ato, sempre que este puder provar-se por outro meio, Os arts. 152, parágrafo único, e 135, parágrafo único, completam-se. Se o ato jurídico não exigiria forma escrita especial e por escritura pública se perfez, a nulidade do escrito não se contagia ao ato jurídico, que por outros meios se possa provar. A razão deu-a Gaio, na L. 4, D., de *fide instrumentoruni et* amissione *eorum,* 22, 4: ai, usou-se o escrito para mais facilmente se provar (ut quod actum est per eas facílius probari possit). Calistrato, na L. 5, figurou a espécie do ato jurídico que poderia ser sem forma escrita e se fez por escrito, e disse que vale, a despeito de ter havido instrumento nulo.

Certamente, à primeira vista, a redação do art. 152, parágrafo único, choca, porque deveria enunciar que a nulidade do instrumento, se esse não exigia a forma especial, não induz a do ato jurídico, e estatuíu que isso só se dá quando puder provar-se por outro meio; mas a referência à prova vem de interpolação a Gaio (L. 4: *et probari poterit),* que explícita sem alterar o sentido. Sempre existiu no velho direito português a regra jurídica do art. 152, parágrafo único, mas foi Manuel Bagna Quaresma *(Thesaurus quotidianarum resolu tio-* num, 1, Cap. 3, nº 128) que a lançou explicitamente.

2.

Prova indiciária. Do instrumento nulo, de que fala o art. 152, parágrafo único, pode nada salvar-se, e assim de regra acontece quando o instrumento, em vez de nulo, é inexistente; mas pode ocorrer que as assinaturas dos figurantes, bem como as manifestações de vontade, sob as quais aquele assinou, ou esses assinaram, sirvam de indícios. Se há falsidade, nada se aproveita; se há falsificação, pode ser invocado —

como indicio — o que não foi falsificado, Se houve falsificação e a ação declaratória restabelece o que antes estava no instrumento, não há pensar-se em inexistência, ou cm nulidade do instrumento.

Capítulo VI

Elemento Essencial do Negócio Jurídico

§ 403. Conceito de solenidade

1. *Essentialia negotíi e nulidade.* Já vimos que se chama *essentia lia negotii* aos elementos essenciais do negócio jurídico, aqueles, sem os quais o negócio jurídico ou não seria, ou seria nulo, ou seria outro negócio jurídico. Sempre que a lei exige elemento que ela considera essencial à validade, e há défice, o negócio jurídico é *nulo.* Na expressão „solenidade", que se acha no art. 145, IV, estariam incluídas as solenidades formais, se o art. III já não houvesse tratado delas, desfalcando, de antemão, o conteúdo do conceito de *solennitas* (de *solere,* usar, ser conforme o uso). Passemos aos exemplos. O elemento "real" é essencial àexistência dos negócios jurídicos reais; por isso, sem a tradição, a doação verbal ou por ato (ari. 1.168,

parágrafo único) é inexistente. O elemento "duas coisas" é essencial ao tipo contratual da troca; sem ele, não há troca, — há venda e compra. O ato de nomeação, a posse e o exercício do t abelião são elemento essencial à validade da escritura: se falta um dos dois primeiros requisilos, a escritura pública não é e, pois, também não é o negócio jurídico; se o ato de nomeação é nulo, e houve a posse, a escritura é nula; se não houve a posse do que foi legalmente nomeado, a escritura pública não é; se o ato da posse foi nulo, nula é a escritura pública. Nula também, se o legalmente nomeado e empossado não estava em exercício, ao fazer-se a escritura pública. Nula é a escritura pública em que falta a data, ou em que faltam as assinaturas das testemunhas. A falta da assinatura do figurante significa que, quanto ao figurante, a escritura pública não é.

2. *Nulidade* e *mínimo para a validade. Se* ao negócio jurídico falta elemento, sem o qual ele não é o que se chamou, nem o que se quis, nem o que ficou do que se compôs (conversão), há negócio jurídico nulo, uma vez que a falta não haja excluído toda existência. Há mínimo para a existência e mínimo para a validade. Se A e B

contrataram venda e compra e não disseram o preço, nem há meios para a determinação dele, nem há venda e compra válida nem outro negócio jurídico.

§ 404. Pressupostos formais e pressupostos materiais

1.

Natureza das regras jurídicas sobre pressuposto formal. A regra jurídica que exige algum pressuposto formal (art. 145, III), ou material, para a validade do negócio jurídico, é regra cogente impositiva. A infração dela acarreta a nulidade, como a infração da regra juridica cogente proibitiva. Ali, *minus;* aqui, *plus.* Há proposição jurídica impositiva; donde a nulidade, se o que se impôs, ou se pressupôs, para a validade do negócio jurídico, falta. A conseqüência jurídica do art. 145, IV, corresponde ao que se há de esperar, conceptualmente, de toda regra cogente impositiva, ou se conceba como "é preciso que", "terá de", "é essencial", ou como "se não, então", ou "para que valha, é mister

que". No fundo, o art. 145, IV, apenas contém tautologia.

Também aqui há diferença entre a concepção romana *e* a moderna. A falta do pressuposto material essencial era causa de inexistência; hoje, só o é de nulidade. Porém seria erro pensarmos em que o conceito moderno de nulo cobriu, completamente, tudo que antes era inexistente *(nullus,* no sentido romano). A escritura pública de venda e compra em que figura o ausente, julgado tal pela justiça, é nula; a escritura em que o morto figura é documento em que não há negócio jurídico. A falta da subscrição foi tida pelo Reg. nº

737, de 25 de novembro de 1850, art. 684, § 2ª, como causa de nulidade, *e* não de inexistência. A falta de subscrição é causa de inexistência.

2.

O *art. 145, 1º!,* do Código *Civil, corrigiu senão de terminologia.* O art. 145,1V, vem-nos do Reg. nº

737, de 25 de novembro de 1850 (art. 682, § 2ª: "Quando for preterida alguma solenidade especial para a existência (?) do contrato *e* fim da lei." Ainda transparecia a confusão entre existência *e* validade, que o Código Civil apagou.

Capítulo VII

Sanção de Nulidade

§ 405. Sanção nulificante

1.

Auto-regramento da vontade *e sanção de nulidade.* A autonomia da vontade é o que *resta* das regras jurídicas cogentes. As regras jurídicas cogentes cercam, assim, o campo da autonomia privada. Porém nem sempre a infração das regras jurídicas cogentes importa em nulidade. Há as que trazem sanção de inexistência (regras jurídicas pré-juridicizantes negativas, que fecham o mundo jurídico ao que as

infringe), as que deixam entrar o ato infringente, com a sanção de nulidade, sem *(leges imperfectae)* ou com a sanção de pena *(leges minus quam perfectae).* As regras jurídicas pré-juridicizantes negativas são leges *perfectae (leges perfectissi-551*

mae). Quando o art. 145,1V *e* V, fala da preterição de solenidade essencial e de violação da lei que declara (=

diz) nulo o negócio jurídico ou lhe nega efeito, refere-se às *leges perfectae* e às *leges plus quarn perfectae:* ficam de fora as regras jurídicas préjuridicizantes negativas, porque essas repelem o negócio como jurídico (inexistência), e as regras jurídicas m *inus quam perfectae,* além das desprovidas de sanção *(leges irnperfectae),* como a do art. 2º do Código Comercial.

O numerus *clausus* dos direitos reais (art. 674) *e* as regras jurídicas sobre direitos de liberdade física *e* de pensamento, a integridade física ou psíquica, à verdade, à honra, ao nome (direito de personalidade), de voto e de igualdade perante a lei dão ensejo à inexistência de negócios jurídicos sobre esses direitos. Há óbice tal que o negócio jurídico não se cria: o direito não os vê, sequer, salvo como *atos ilícitos,* isto é, como o ilicito a que o direito dá entrada como ato que é sancionado como reprovado pelo ordenamento jurídico. Trata-se de ilicitude *produtora de* reação (pena criminal, ou indenização), *e* não de ilicitude *nulificante.* A hipoteca da coisa móvel não existe (art. 769), salvo se, referindo-se a penhor agrícola ou pecuário, o *constitutum possessorium* permite a construção da "hipoteca" (erro quanto ao *nomen iuris)* como penhor rural regido pela Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937, arts. 1º-5º. A cláusula que excluisse o direito de resilição do contrato de serviço doméstico, no regime do Decreto-Lei nº 3.078, de 27 de fevereiro de 1941, art. 39, era de considerar-se não-escrita (= inexistente); o negócio juridico vale, sem isso. A alienação dos bens que por sua natureza são de todos *nao e.*

2.

Expressão da sanção de nulidade. A lei, às vezes, depois de emitir a regra jurídica cogente, ou remetendo a ela, a sanciona com a nulidade. E o que mais facilmente se arrola como caso do art. 145, V *(e.g.,* arts. 207, 208, 1.125 e 1.667). Outras expressões têm o mesmo sentido: os ascendentes *não podem* vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam (art. 1.132). Há bens que *não podem* ser comprados, ainda em hasta pública (arts. 1.133 *e* 1.134),

mas aí a nulidade é a do art. 145, II. O que se considera crime *e* não consta da lei civil como causa de nulidade do art. 145, V, pode entrar na espécie do art.

145, II, *verbo* "ilícito". Em toda regra juridica penal há o conteúdo de regra jurídica apontadora de casos de ilicitude *e* se insere no art. 145, 11, *verbo* "ilícito", como especialização (sem razão, A. von Tuh *Der Aligemeine Teil,* III, 3, que faz os atos que a lei aponta como criminais causas de nulidade do art. 145, V, em vez de causas de nulidade do art. 145, II, *verbo* "ilícito"").

Há casos do art. 145,1V, que também se inserem no art. 145, V; *e.g., o* título ao portador com prestação em dinheiro é nulo se faltou a autorização de lei federal (art. 1.511).

3. *Negação de efeito.* As vezes, as regras jurídicas negam efeito a algum ato humano. A expressão é ambígua, se não equivoca. Pode-se negar eficácia ao inválido; superfluamente, ao inexistente. Pode-se negar eficácia, temporária, ou, pelo menos, não definitivamente, ao que é *e* vale: *o* contrato de venda e compra da coisa alheia é, vale *e* somente quanto à eficácia da prestação da coisa mesma é ineficaz. De ordinário, porém, negar *qualquer* efeito supõe: afirmação de existência; negação de validade (nulidade). Para que a ineficácia implique invalidade, é preciso: que seja excluída toda a eficácia do negócio jurídico; que se trate de ineficácia para sempre. Noutros termos: são nulos por incidência do art. 145, V *(verbis* "ou lhe negar efeito") todos os negócios juridicos a que se negue qualquer efeito e não se possa tornar eficaz. O art. 145 V, veio do Projeto primitivo, art. 156; porém o seu autor mesmo não o explicou, o que ora fazemos.

4.

Regras jurídicas proibitivas e sanção de nulidade. Resta saber-se se, não tendo a lei empregado o termo "nulo", ou "sob pena de nulidade", ou "não pode", "não vale", ou outro que tenha a mesma intensidade de expressão, há, para a infração das regras jurídicas proibitivas, a sanção de nulidade. As soluções possíveis, *de iure condendo,* são cinco: *a)* a toda regra jurídica cogente proibitiva, que se infringe, corresponde nulidade de todo o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu,* ou parcial; *b)* a cogência proibitiva somente faz ser nulo o negócio jurídico, se a sanção explícita ("é nulo", "não pode" etc.) foi a

nulidade; c) há nulidade, se a sanção foi explícita ou resulta do fim da regra jurídica; *d)* a infração da regra jurídica cogente proibitiva tem sempre, por sanção, a nulidade, salvo se outra é a sanção adotada na lei; e) a solução c mais a regra de *a.* Outra sanção pode ser: desde a exclusão de um até a de todos os efeitos, menos um, do negócio jurídico; alguma pena; a anulabilidade; a inexistência do negócio mesmo ou parte dele. nºQual a solução verdadeira, *de lege lata,* no direito brasileiro? Coelho da Rocha *(Instituições,* 72) parecia adotar *b;* assim, também, Carlos de Carvalho *(Nova Consolidação,* art. 269, cf. 273) e Clovis Bevilacqua *(Código Civil comentado,* 1, 448). Tais 551

autores não leram a Diogo Guerreiro *(Tractatus de Recusationibus,* 151, *verbis* "alias processus corruit, et est sine effectu", a propósito das Ordenações Filipinas, Livro III, Título 14, nem a Manuel Gonçalves da Silva *(Comentaria.* 1. 158: "Si vero iudex procedat in causa propria, vel consanguinei, affinisve, omnia gesta per eum nuíla sunt, quia quando lex aliquid prohibet simpliciter, intelligitur apponere clausulam annullativam, si contra fiat"). Manuel Borges Carneiro *(Direito Civil de Portugal,* 1, 36) propendia para a solução *a:* "O ato contrário à lei proibente énulo, posto que ela expressamente não o anule"; mas logo advertia (37): "Contudo muitas vezes a lei proibe o ato, irrogando pena ao transgressor, sem contudo o anular *(lex minus quam perfecta); e* então o ato pode subsistir, do que há frequentes exemplos." No direito comum regia c, pois está dito na L. 5, C., de *legibus et constitutionibus,* 1, 14: "E não evitará as penas insertas nas leis o que fraudulentamente se escusa contra a sentença do direito por prerrogativa canhota das palavras *(scaeva,* esquerda, éque lá está; e não *soeva,* irritada, furiosa). Porque queremos que *se* entenda nenhum pacto, nenhuma convenção, nenhum contrato se ter concluido entre os que contrataram, proibindo-lhes a lei contraírem." E adiante: ... o que por lei se proibe fazer, se feito houver sido, não só inútil, mas também por não feito se tenha, ainda quando o legislador houver proibido que se faça *e* não houver dito especialmente que deva ser inútil o que se fez. Porém, ainda se algo proveio do que ou por causa do que se fez, interdizendo-o a lei, preceituamos que também isso seja vão e inútil", O texto é fecundo: põe bem claro que o *nullus,* para *o* direito romano, era o inexistente (non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur); e que não se precisava da explicitude da inexistência, bastaria a proibição implícita (nec specialiter dixerit): ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legis lator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit mutile esse debere quod factum eM. sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque mutile esse praecipimus

Não se trata mais, no direito moderno, de inexistência, mas de nulidade (invalidade); porém seria voltar-se aquém da constituição de Teodósio e de Valentiniano, pelo menos, exigir-se a sanção *specialiter*. A solução c seria a acertada, mas há regra de interpretação das leis, de sobredireito, que é a que se acha na solução *d: se* outra sanção consta da lei, com ela satisfez-se a lei. Portanto, *e.*

Tem-se de colher *o* conteúdo da regra jurídica para se saber se o negócio jurídico a mnfringe; se infringe, não se precisa ir além na verificação da ofensa e da sanção: é a de nulidade, salvo se outra foi preferida. A escala é, pois, a que supõe que as regras jurídicas cogentes são *leges perfectae,* exceto se aparece a pena *(leges minus quam perfectae);* para que sejam *plus quam perfectae,* é preciso estar expresso na lei; *a fortiori,* para que sejam *leqes imperfectae.*

A regra jurídica sobre interpretação das leis, de que falamos implica admitir-se a existência de regras jurídicas cogentes proibitivas cuja infração não leva à nulificação do negócio jurídico. Se alguma lei penal considera crime alguma manifestação de vontade, nem por isso faz nulo o negócio jurídico: o que decide é o fundamento da regra jurídica sobre o ato criminal (E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8ª-9ª ed., 46, nota 11). Se se trata de lei de tabelamento de preços, só o excesso é atingido (O. Warneyer, *Kornmentar,* 1, 224), se a lei não explicitou ser nulo todo o negócio jurídico. Ainda a respeito de proibições de exportação, ou de importação, é preciso que tenha havido o intuito de violar a lei que proibe a exportação, ou a importação, para que se dê a nulidade.

A infração de qualquer regra jurídica cogente não torna nulo o ato jurídico; nem se há de identificar *ius cogens* e lei cuja infração faz nulo o ato juridico (confusão em R Vogel, *Der Begrifi des gegen die guten Sitten verstossendern Rechtsgeschãfts,* 31 s.).

Quanto ao negócio jurídico abstrato, não importa discutir-se e assentar-se se o rescripto de Diocleciano e de Maximiano (L. 4, C., *de contrahenda et committenda stipulatione,* 8, 38) foi o resultado de lenta evolução (E. Steinbach, *Die Moral ais Schranke* des *Rechtserwerbs,* 5), ou se a *nuílitas* da estipulação foi a solução primitiva (M. Voigt, *Uber die* condictiones ob causam *und Uber* causa und titulus, 616 s.). O ato jurídico abstrato pode violar lei, de que resulte nulidade (art. 145), porém a ilicitude, que se prende à causa, não no faz nulo, porque ele não tem causa, por definição. Se o ato de disposição (abstrato) pode

ser atingido pela nulidade do negócio jurídico a cujo adimplemento serviu, não é de nulidade do ato de disposição que se trata, mas de se tornar exato o registro ou o ordenamento jurídico (cf. H. Klusmann, *Die Tragweite der* §§ *134, 138, 1, BGB., 66* s.).

551

5.

Só a lei pode dar a sanção de nulidade, salvo para o círculo em que atue a regra estatutária ou nas espécies de forma voluntariamente imposta. Ainda se há de considerar que somente se considera lei, que, violada, leva à nulidade, a lei que é feita pelo Congresso Nacional, porque, de outro modo, seria dar-se a *outro* poder que a ele legislar sobre direito privado (Constituição de 1988, art. 22, 1). Se lei de direito público estadual, ou municipal, pode estabelecer nulidade, dentro do que compete à legislação do Estado Federado, ou do Município, e repercutir no direito civil (e.g., quanto a títulos ao portador que o Estado Federado ou o Município emita), provém isso, e somente pode provir, da discriminação das competências legislativas feita pela Constituição federal, ou por ela e pela Constituição estadual, ou por essa e pela legislação estadual.

Os decretos do Poder Executivo, a que não corresponda, no conteúdo, "lei", de que sejam regulamentação estrita, não determinam, com a sua violação, nulidades; nem, tampouco, ordens e medidas policiais, inclusive tratando-se de regulamentação de construções (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 225).

Também não é nulo o contrato de seguro, feito, no Brasil, em companhia estrangeira, que não pode funcionar no Brasil: foi regido pela lei estrangeira. São nulos os negócios jurídicos (inclusive para pagamentos das mensalidades ou anuidades) concernentes ao contrato de seguro (H.Rehbein, *Das Búrqerliche Gesetzbuch,* 1, 166).

Pode a regra estatutária ou qualquer regra interna estabelecer pressupostos de validade aos atos internos; *e.g.,* registro no Conselho Deliberativo dentro de dez dias, tratando-se de ato de Diretoria de pessoa jurídica.

6.

Espécies *que escaparam à letra do art.* 145, V, *do Código Civil.* A solução *d* não-seria a acertada, porque há casos em que, a despeito da cogência proibitiva, não há nulidade do negócio, nem houve outra sanção. Portanto, nem é só a existência de outra sanção que constitui circunstância excludente da eficácia nulificante da regra jurídica cogente proibitiva. Aí, tem razão a solução c. As leis cogentes proibitivas de direito público estadual, ou municipal, não podem excluir da validade negócios jurídicos de direito privado, ainda quando haja reserva a favor do direito estadual, ou municipal, salvo se a reserva é explícita quanto à nulidade (aí, a regra jurídica estadual, ou municipal, é regra-conteúdo de outra, que foi, em verdade, a determinadora da nulidade). As regras jurídicas estaduais e municipais não podem atingir a validade dos negócios jurídicos de direito privado, ainda se regras de caráter penal; e.g., a lei que pune ao empregado de tesouraria, estadual e municipal, contrair empréstimos sem aviso às autoridades estaduais, ou municipais, de que depende, não faz nulo o negócio jurídico de empréstimo.

Ainda mais: a regra jurídica cogente proibitiva pode estar redigida de tal maneira que se tenha de considerar, o que éraríssimo, como *(ex imperjecta.* E o que acontece, por exemplo, quando a cominação de nulidade só se refere a alguma parte, item ou alínea da regra jurídica cogente proibitiva, ou a alguma parte, item ou alínea da consequência jurídica que não é a nulidade. Alguns atos em que há fraude contra credores são atos criminais, donde poder-se pensar em nulidade dos negócios jurídicos em que a fraude contra credores ocorreu; no entanto, o sistema jurídico os trata como negócios jurídicos *anuláveis* (arts. 106-113).

O fim mesmo da regra jurídica cogente proibitiva pode excluir que a consequência seja a nulidade. Por exemplo: o governo alugou, deu em comodato a alguém, ou permitiu residir em antigo edifício de farol, co m proibição, explicita em lei, de sublocação, ou de locação, mas o beneficiado aloja, mediante paga, pessoas que vão até à montanha, ou ilha, para piqueniques. Não são nulos os contratos de pousada entre essas pessoas e o que está a explorar o edifício do farol. Outro exemplo seria a compra de bilhete de loteria estrangeira, ou estadual, ou municipal, *proibida;* é juridicamente impossível o objeto (art. 145, II, *verbo* "impossível"); o pagamento do prêmio não pode ser repetido, não porque se desceria à causa, *e* sim porque cessou o incentivo ao jogo (A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 111, 6 e nota 36). Mas logo se

percebe, aí, que a espécie não é a do art. 145, V (não se proibe a venda e compra; proibe-se a loteria); e sim, a do art. 145, Ii: o bilhete é que *não pode* ser comprado.

Na interpretação da lei, há indício de que a sanção não é a de nulidade, se na pena somente incorre um dos figurantes: se a lei proibe a alguém ser procurador, ou procurador judicial, dando pena, não há nulidade, pois o que se estatui tem por fito impedir, — e não vedar, com a sanção de nulidade. Dissemos "indicio" porque, a despeito de só haver cominação de pena a um dos figurantes, é possível que a regra jurídica seja *plus quani perfecta* (tenha a pena para um e a nulidade para o negócio jurídico). Justa, por isso mesmo, a crítica de A. von Tuhr *(Der Allgenieine Teil,* III, 6, nota 42) a julgado do Supremo Tribunal alemão, a propósito de decisão sobre *pactum* de *non licitando.*

551

7.

Atos jurídicos stricto sensu *e art. 145, V.* Aos atos jurídicos *stricto sensu* também apanha a regra jurídica não-escrita: "Àviolação de toda regra jurídica cogente proibitiva corresponde nulidade, se a lei não adotou outra sanção." Diz-se que tal incidência é excluída conceptualmente, pois os efeitos dos atos jurídicos *stricto sensu* só são os da lei (P. Klein, Beziehen sich die §§ 134, 138 nur auf Rechtsgeschäfte oder sind diese Normen auch auf Rechtshandlungen im engeren Sinne analog anwendbar?, *Seu fferts Bldtter fOr Rechtsanwendung,* 76, 117 **5.;** *Die Rechtshandlungen* irn *engeren Sinne,* 21). Mas sem razão: se há regra jurídica proibitiva, há invalidade, se falta outra sanção; se há nulidade, não se pode pensar em eficácia.

8.

Direito estrangeiro. A regra jurídica também não concerne às leis estrangeiras. Se o direito estrangeiro a possui ou não a possui, éoutra questão; como outra é a questão concernente a ser de ordem pública, ou não, a regra jurídica cogente proibitiva brasileira.

§ 406. Infração da regra jurídica cogente proibitiva

1.

Conteúdo da regra jurídica e *infração.* A infração há de ser ao conteúdo, não à letra da lei. As regras de direito público são as mais relevantes para se considerarem frente ao art. 145, V; porém, se estabelecem outra pena, o caso pode entrar no conceito de ilícito (art. 145, II, *verbo* "ilícito").

2.

Fraude à *lei.* A violação da lei cogente ainda pode ter importância nulificante quando se trate de *fraude à lei,* que se dá quando, pelo uso de outra categoria jurídica, ou de outro disfarce, se tenta alcançar o mesmo resultado jurídico que seria excluído pela regra jurídica cogente proibitiva. O *agere contra legem* não se confunde com o *agere in fraudem legis:* um infringe a lei, fere-a, viola-a, diretamente; o outro, respeitando-a, usa de maquinação, para que ela não incida; transgride a lei, com a própria lei. A interpretação há de mostrar que só se quis obter o que, pelo caminho proibido, não se obteria. O que importa é o conteúdo do negócio jurídico; não a forna. Há princípio geral, segundo o qual toda *fraus legis* importa nulidade (e já o mostramos de espaço); porque é preciso ao conceito que a fraude à lei consiga o que a regra jurídica cogente proibiu. A regra jurídica pode ser impositiva (sem razão, K. Linkelmann, Die Sicherheitsúbereignungen, *Archiu fOr Bíirgerliches Recht,* 7, 216 s.) Já assentamos que as regras jurídicas impositivas (g *ebietende Rechtsnorrnen)* são suscetíveis de fraude à lei. Se alguém deixa de satisfazer regra jurídica impositiva, há, de regra, nulidade por violação de regra jurídica cogente sobre forma (art. 145,111), ou sobre pressuposto material (art. 145, IV).

Ou a regra jurídica é pré-juridicizante negativa, e não há ato jurídico. Nesse, como naquele caso (cf. E

Endemann, *Uber die civilrechtliche Wirkung des ⁄erbotsgesetze,* 69 s. e 75 s.), não houve infração, mas insuficiência ou deficiência (cf. § 17, 3).

Não basta que o suporte fático do negócio jurídico ou do ato *jurídico*

strícto sensu seja *ato criminal,* ou *ato ilícito* (civil); épreciso que o preceito mesmo seja sancionado com a nulidade, no plano do direito civil, para se pensar em *fraus legis.* Mais: os negócios jurídicos fraudulentos podem ser apenas impugnáveis ou anuláveis ou revogáveis (segundo a legislação concursal), se a fraude não é à lei.

No direito romano, a incidência das regras jurídicas proibitivas e imperativas *stricto sensu* (impositivas) ou impedia a entrada do ato no mundo jurídico *(leges perfectae),* ou não no impedia *(leges minus quam perfectae, leges imperfectae),* dando ensejo, somente, a penalidade, ou a nenhuma sanção, como, respectivamente, a *lex Marcia funebris e a lex Cincia.* Há grandes incertezas sobre algumas delas *(e.g.,* sobre as *leges Laetoria,* que E Senn, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae,* 67, tem por imperfeitas, e sobre a *lex Cornelia* de *sponsu,* a respeito da qual o próprio O. Lenel, *Das Edictum perpetuum,* 1, 2ª ed., 211, mudou de opinião na edição francesa, 1, 247). A concepção que reputa diferentes a sanção de não entrada no mundo jurídico e a de *nullitas* não é romana.

Os princípios gerais, que hoje temos no art. 145, de modo nenhum podem ser subsumidos no de serem nulos os atos jurídicos que infrinjam leis cogentes. A cogência pode ter outra sanção.

O Edicto de Teodósio II e de Valentiniano III, que se insere, encurtado, na L. 5, C., *de legibus et constitutionibus principum et edictis,* 1, 14, que tornou principio geral o da correspondência entre ser feito sob proibição e não ter sido feito, frisa o pensamento romano: nenhum pacto, nenhuma convenção, nenhum 551

contrato há, se havia lei que o proibisse; bastava que o legislador houvesse proibido, para que se tivessem por não feitos, *pro infectis.* Ainda quando assim não tivesse sido antes do Edicto, passou a ser após ele. Livremo-nos, pois, de identificar "nulo" e "inexistente"; *e* de afirmar que a toda regra jurídica proibitiva corresponde nulidade. O art. 145 tem de ser interpretado segundo cada um dos seus incisos. O art. 145, V, contém implícita a ressalva das leis proibitivas que dêem *outra* sanção que a de nulidade e a de ineficácia total, tal como já se entendia no direito comum (E Endemann, *Uber die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze,* 1 **5.;** A.

Halbe, *Hatte und hat em Verstoss gegen em gesetzliches Verbot* immer *die Nichtigkeit eines Rechtsgeschàfts zu Folge?,* 40; H.Klusmann, *Die Tragweite der* §§ *134, 138, 1, BGB.,* 8).

A infração da regra cogente proibitiva não basta para fazer nulo todo o negócio jurídico, salvo se lei especial faz contagiante do todo a nulidade, ou se assim se há de interpretar.

Se a regra jurídica comina pena criminal, há proibição do ato; *e* incide o art. 145, V, se o ato importa em conclusão de negócio jurídico. Todavia, casos há em que a cominação da pena tem por fito evitar o resultado fático do ato: proibir e punir mendicidade não é fazer nula a esmola; nem é nula a venda de mercadorias feitas, com infração da lei, pelo comerciante, nas horas em que a casa deveria estar fechada; nem a compra de pedras a pedreira, para a qual seria de mister concessão, é nula; nem é nula a aquisição de peixes de arrastão, se o emprego e proibido, por falta de autorização.

3.

Infração indireta da lei. A lei pode ser violada em tese (se A diz, sem ser verdade, que não há a regra jurídica *a;* ou que a regra jurídica sofre exceção, ou não sofre exceção), ou em concreto (se A deixou de aplicar a lei que incidiu), ou por meio de fraude. Fraude é a prática de ato, que entre no mundo jurídico, para que, com isso, se evitem conseqüências de lei cogente. Por outro caminho se busca o resultado proibido.

Quando há simulação maliciosa, os figurantes aparentemente praticam o ato jurídico; na fraude contra credores, o ato jurídico é verdadeiro, e por ele se tenta prejudicar credores (cf. Teixeira de Freitas, *Consolidação,* nota 17 ao art. 358), Tal ato jurídico éanulável. Se a fraude é à lei, *fraus* legis, o ato é nulo, com fundamento no art. 145, III ou IV; salvo se há outra sanção.

§ 407. Eficácia da nulidade do art, 145, V

1.

"Reconhecimento" do ato jurídico nulo. A nulidade do art. 145, „1, impede que seja eficaz *reconhecimento* posterior. Por outro lado, se o devedor solveu a dívida, *e.g.,* pagou o preço acima do que foi

tabelado, pode ser condenado à pena que conste da lei, porém não lhe é dado repetir o preço, nem o excesso (art. 971, verbis "proibido por lei").

2.

Ônus da prova. O ônus da prova da nulidade toca àquele que nega a validade (P. Oertmann, *Allgenieiner Teil,* 418; sem razão, E Leonhard, *Die Beweislast,* 313).

3.

Cessação do elemento que deu causa à sanção. Se o negócio jurídico é nulo, em virtude do art. 145, V, a circunstância posterior, que excluiria a nulidade *(e.g.,* lei nova, cessação do estado civil que impedia a conclusão válida do negócio jurídico), não tem a conseqüência de tornar válido o que não o foi *ab initio.* Não tem cabimento isso a respeito de impossibilidade física (art. 145, II), porque, então, não há retroeficácia, mas *desmentido* da impossibilidade, física, que se afirmara; e não no tem quanto a nulidades pelo ilícito, porque seria permitir-se a especulação sobre a mudança do conceito de ilicito (por si mesmo ilicita, cf. E Szkolny e H.

Caro, *Búrgerliches Gesetzbuch,* 1, 352; H. Siber, em G. Planck, *Kommentar,* II, 4ª ed., 331; sem razão, Th.

Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch,* II, 1ª ed., 294, nota 4, que confunde a possibilidade de transformação do ilícito entre a lei e o negócio jurídico, ou entre o negócio jurídico e depois, com a fixação *punctual* do ilícito no momento da conclusão do negócio jurídico); nem quanto a nulidades por sanção da regra cogente proibitiva, porque, para a nulidade desaparecer, seria preciso nova regra jurídica, que tornasse válido o que se concluira nulamente. No Código Civil alemão, o § 309 mandou qu? se atendesse ao § 308, referente à impossibilidade que desaparece, no tocante a nulidades do art. 145, V (= § 134), mas é de reputar-se uma das mais infelizes normas daquele Código Civil, na forma e no fundo. Mais: a impossibilidade juridica é, quase sempre, de verificação imediata *(quaestio iuris),* e *punctual;* de modo que também a mudança da lei não pode tornar válido o que nulamente se formou. Aliás, seria imoral especular-se com a mudança da legislação. Por aí bem se vê, e ressaltantemente, quão impensado foi o § 309 do Código Civil alemão. Todas as nulidades do art.

145, II, exceto as que provêm de situações juridicas removíveis, são nulidades que se referem a conceitos de 551

conteúdo variável, mas o momento da conclusão do negócio jurídico é decisivo: a paisagem, que se vê pela objetiva da máquina fotográfica, muda, mas a fotografia é uma só, e não muda mais; a validade ou não-validade do negócio jurídico é a do momento em que se concluiu o negócio jurídico. Tal a sorte do ilicito, do impossível jurídico (art. 145, II) *stricto sensu* (ou primário) e da nulidade-sanção (art. 145, V), bem diversa da apreciação do fato da impossibilidade física: nas três primeiras espécies, há *quaestiones iuris;* aqui, *quaestio facti.* Para que o negócio jurídico, que foi nulo, por ser ilícito ou juridicamente impossível o seu objeto, passe a ser válido, ou para que passe a ser válido o negócio jurídico nulo, por existir sanção direta de nulidade (explicitamente, ou não), é preciso que sobrevenha lex *sanatoria;* e, para que os efeitos sejam ex *tunc,* é preciso que o sistema jurídico tolere regras jurídicas ditas *retroativas.*

Os juristas alemães, em vez de evitarem a interpretação larga de § 309, admitiram que aos próprios negócios jurídicos reais se estendesse (A. von Tuhr, *Der Alígerneine Teil,* III, 7, por influência de L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 478). Mas é fácil ver-se a que resultados absurdos levaria isso: o penhor (art. 768) seria para quando permitido pela lei nova; a doação (art. 1.176) seria para quando a lei permitisse doar mais do que a metade dos bens do doador com sucessíveis necessários.

4.

Negócios jurídicos superpostos. Sempre que se está diante de regra cogente proibitiva, tem-se de perguntar se concerne a negócio jurídico do direito das obrigações, ou se a negócio jurídico de disposição, ou a ambos. Se somente se dirige ao negócio jurídico obrigacional *causal,* a nulidade não atinge o negócio de disposição *abstrato.* A promessa de casar, com razão imoral, ou quando proibido o negócio jurídico, é nula; a transmissão da casa, pelo registro, no registro do imóvel não no é, e cabe a ação de enriquecimento injustificado (art. 968), a *condictio,* não a reivindicação (no art. 968, parágrafo único, há termo impróprio, diante do art. 530, 1). A promessa de objeto móvel, se proibida, ou com razão imoral, é nula; e acarreta a nãotransmissão (art. 145, II, e 622, parágrafo único). Quanto ao imóvel, ter-se-ia de pedir o cancelamento do registro (se não foi transferido a terceiro),

após a coisa julgada contra o adquirente imediato de má-fé.

Capítulo VIII

Desconstituição do Ato Jurídico Nulo

§ 408. Julgamento da nulidade

1. *Alegação da nulidade.* A nulidade, salvo se é exigida, por lei, a decretação *judicial,* pode ser tomada em consideração pelos funcionários públicos administrativos, desde que conste de processo, se bem que a eficácia da sua decretação em despacho administrativo se tenha de limitar ao plano do direito processual administrativo. Se o ato administrativo é sujeito à apreciação judicial, a despeito da preclusão no plano administrativo, também o é àdecretação de nulidade; se o não é, nem por isso a decretação de nulidade impede que se lance mão da ação em juízo para a alegação e prova da validade. É, então, de se notar que a eficácia da sentença não é constitutiva negativa: quanto à pretendida nulidade, é declarativa positiva, como o seria a sentença desfavorável na ação de nulidade; quanto à decisão administrativa em si mesma, constitutiva negativa *dessa,* pela existência, no sistema jurídico, da apreciação judicial dos atos dos poderes públicos. O funcionário público nega a sua colaboração com os negócios jurídicos nulos, cuja decretação de nulidade não foi reservada à decisão judicial, se lhe incumbe, por exemplo, proceder a registro, ou, em se tratando de mandamento judicial não-trânsito em julgado, levantando dúvida. Outrossim, há de negar a sua colaboração, integrativa de forma ou de fundo, se está em causa a constituição de negócio jurídico *que seria* nulo.

2.Alegações e *princípio da eventualidade.* A nulidade **é** *maior vício* que a anulabilidade. Por isso mesmo, pode essa ser invocada *eventualiter;* quer dizer: para o caso de ser repelida a alegação de nulidade. Passa-se o mesmo com as exceções e as rescisões: primeiramente se há de julgar a nulidade; caso seja improcedente o pedido de decretação, julgar-se-á a exceção, que é simples encobrimento de eficácia, ou a rescisão, que é abertura da relação jurídica. Por outro lado, em princípio, ainda que só se haja alegado a anulabilidade, ou a rescisão,

ou levantado exceção, é dado ao juiz — e é do seu dever — decretar a nulidade, *incidenter.* As vezes, resulta provada a sua ocorrência das próprias palavras daquele que propôs a ação, exigindo o cumprimento,
551

como se o autor deixa escapar a ilicitude do objeto. Outras vezes, o que poderia argúi-la, cala; nem por isso o juiz se exime do dever de decretá-la, pelo *princípio da irrenunciabilidade das alegações de nulidade,* raramente excetuado, inclusive quanto âs nulidades por defeito de forma (Hans Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschâfte, *Archiu flir civilistische Praxis,* 104, 135).

3.

Tempo para a alegação da nulidade. Sempre que regra especial não há, que exija ação autônoma, a nulidade pode ser alegada a qualquer tempo do processo, ainda *incidenter.* Trato incidental diz-se o da matéria, quando não seja a do pedido na ação proposta, *e,* no tocante à nulidade, ainda quando a ação se refira a algum efeito que se pretenda ter sido produzido pelo ato jurídico nulo. A regra é não-ser preciso propor-se a

"ação" de nulidade, que é constitutiva negativa: basta alegar-se a nulidade, ou vê-la o juiz, ainda em ação de declaração. Porém isso não significa que a ação de nulidade seja declarativa, como se alastrou ainda entre grandes juristas. A expressão "declaração de nulidade" trai a reminiscência romanistica do *"nullus* =

inexistente".

4.

Transferência da ação. A ação para decretação da nulidade de relação jurídica pode ser transferida, porque é ligada ao interesse e, pois, ao direito subjetivo à desconstituição. Com a transferência, que só é útil se não podia alegar a nulidade o adquirente, esse pode exercer a ação em nome e interesse próprios. A procuração *in rem suam* seria outra coisa, posto que A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teil,* II, 282, nota 14) tenha negado aquela e só admitido a essa. A transferente está diante de ato jurídico que é, embora nulamente: a transferência aproveita ao transferido, sempre que, sem ela, não poderia ele alegar a nulidade e, não na alegando, o negócio jurídico o atingiria. Quem compra

estabelecimento, em que alguns negócios juridicos nulos criariam obrigaçoes, mas a nulidade decorreu de ilicitude de objeto alegável pelo adquirente do estabelecimento, não precisa de que se lhe transfira ação de nulidade: tem interesse e ação. Se, porém, não houve compra do estabelecimento, e a alguém aproveitaria a decretação da nulidade, para que pudesse contratar com a outra pessoa que negociou nulamente, há interesse em adquirir a ação de nulidade. Dir-se-á que, contratando com ela, poderia alegar a nulidade do negócio jurídico anterior; porém isso falharia onde essa pessoa não pudesse alegar a nulidade, por ser sua a torpeza, e onde a pessoa, que a poderia alegar, estivesse de posse das provas.

5.

Quem pode alegar a nulidade, O *principio da alegabilidade do nulo por aquele contra quem se querem efeitos* é o que domina essa matéria. De modo que estão legitimados os que têm interesse no afastamento do pretendido efeito, sejam contratantes ou não, sucessores, ou simples atingidos pela eficácia que se *pretende* exista. Essa eficácia, que se diz existir e não existe, foi o elemento que levou os juristas a conceituar a ação de nulidade como declarativa. Mas, se bem apuramos, vemos que se pedira a declaração de ineficácia após decretação de nulidade do negócio juridico. Quando os credores podem alegar nulidade de negócio jurídico, em que o devedor dispôs de algo do seu patrimônio, não pedem declaração de ineficácia *(aliter,* nos casos do art. 596, *e.g.,* do Código de Processo Civil), e sim decretação de nulidade, após a qual a declaração de inexistência de efeito é implicita. No concurso de credores, uma coisa é pedir declaração de ineficácia e outra pedir decretação de nulidade. O credor hipotecário pede a decretação da nulidade da hipoteca anterior à sua; e a declaração de ineficácia, contra a sua, da hipoteca posterior. O devedor pode alegar a nulidade da cessão de crédito (art. 1.072) e a ineficácia em relação a si, que são situações diferentes: ali, pede-se desconstituição; aqui, declaração (a despeito do atécnico “não vale” do art. 1.069; cp. Código Civil argentino, arts. 1.459-1.463). Se a cessão é nula, a obrigação do devedor de pagar ao cessionário seria efeito atribuído ao negócio jurídico nulo; se a cessão não foi notificada ao devedor, esse pode solver a obrigação dando-se por notificado conforme o art. 1.069.

§ 409. Invocação pelo causador da nulidade

1.

Decretação por invocação do causador. O art. 146, concernente às nulidades, diz que "as nulidades do artigo antecedente podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir". Só se exige o "interesse". Diz o Código de Processo Civil, art. 243, que, em se tratando de nulidade por infração de regra de forma (processual), sua decretação não pode ser requerida por quem lhe tiver dado causa; mas a regra jurídica do art. 243, só se refere às nulidades processuais, que sejam por infração de 551

regra juridica sobre forma. Nenhuma incidência tem no que é de direito material a questão, isto é, quanto à *res in iudicium deducta.* No Código Civil e no Código Comercial, não há regra jurídica semelhante, nem igual.

Resta saber-se se há principio geral, de que se deduza. Álvaro Valasco *(Decisionuni Consultationum ac rerum iudicatarum,* 1, 148) escreveu: "lis autem, quae prohibente lege fiunt, tanquam nuílis,... ipsemet, qui fecit, potest contravenire". Quanto aos atos juridicos que se praticaram contra leis proibitivas, aquele mesmo, que os praticou, pode argúir a nulidade. Na decisão 222, nº 4, de Antônio da Gama, *e* em Aires Pinhel *(Art. const.*

Cod. de *bonis matem is,* L. 1, § 3, nº 73) diz-se o mesmo. Miguel de Reinoso *(Observationes Practicae,* 532) desceu ao caso das alienações proibidas: "... in omnibus alienationibus rerum, quae alienari prohibita sunt generaliter, verum esse posse admitti ad alienationem revocandam ipsus alienatorem qui alienavit, sen alienationi consensit".

Pretendeu-se que se teriam de distinguir as nulidades a favor do público, as nulidades a favor do causador do ato e as nulidades a favor de outrem. A distinção existe *(eg.,* Álvaro Valasco, *Decisionum Consultationurn ac rerum iudicatarum,* 150; Manuel Alvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* III, 359); porém os dois juristas portugueses que Manuel Gonçalves da Silva *(Commentaria,* IV, 301) citou, para tirar da distinção que o causador do nulo não pode invocar a nulidade se a regra jurídica invalidante não foi a seu favor, não dizem isso: Alvaro Valasco escreveu que, se o próprio causador do nulo pode invocá-lo, com mais forte razão aquele em proveito de quem se editou a regra juridica; Manuel Alvares Pêgas apenas excluiu a argúibilidade pelo que não tem interesse.

2.

Interesse na decreta ção. O poder ser arguida pelo próprio causador do nulo a nulidade não dispensa que se lhe inquira do interesse. Se não há interesse na decretação, inclusive o de evitar multa ou outras penas, excluído está o causador do nulo; porém como outrem qualquer estaria.

§ 410. Eficácia da sentença que decreta a nulidade

1.

Força e *eficácia.* E romanismo escusado identificarem-se inexistência e nulidade. O inexistente declara-se tal; o nulo, desconstituise, porque, por mais profunda que seja a deficiência, o suporte fático entrou no mundo jurídico. Por isso mesmo que foi profunda a deficiência, facilita-se a decretação; mas é preciso que se decrete, ainda que *incidenter* e *de officio.*

2.

Desconstituição. Se é declarada a incapacidade, ainda que sejam em incidente de desconstituição do ato jurídico, tudo se passou sem qualquer efeito, em virtude da carga de declarativídade; não se precisa de qualquer alusão à eficácia ex *tunc* da sentença de decretação da nulidade, ainda que *incidenter.* Se nada foi prestado, em virtude do ato jurídico nulo, nenhum problema surge, porque efeitos não houve e, portanto, efeitos não é preciso que desapareçam. Se o absolutamente incapaz prestou, ou se outro figurante prestou ao absolutamente incapaz, tem o figurante de restituir ao incapaz o que dele recebeu, ou o equivalente, e tem ação para haver do incapaz o que reverteu em proveito desse. No sistema jurídico brasileiro, o art. 157 contém principio geral, comum às nulidades e às anulabilidades: "Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga." Cumpre que se não confunda a regra juridica do art. 157 com a regra jurídica do art. 936: no art. 936, houve ato jurídico válido da pessoa capaz, que depois se tornou incapaz, ou ato jurídico válido do incapaz, representado, ou assistido, de modo que só o pagamento é

feito, depois, ao incapaz, cientemente; ao passo que, no art. 157, se supôe a nulidade ou anulabilidade do ato jurídico, em virtude do qual se prestou algo. Na última espécie, não houve pagamento, porque nada era devido, ou, com a eficácia da sentença anulatória, nada se deveu. Tratando-se de coisa certa, nada obsta a que se cumule com a ação de nulidade a de reivindicação, enquanto, em relação às ações de anulação, a ação de reivindicação éefeito, de regra mediato, da sentença desconstitutiva. Se só em parte reverteu em proveito do incapaz o que se prestou em virtude de ato jurídico nulo, ou de ato jurídico anulável, a restituição ésomente quanto a essa parte. Se, durante a eficácia do ato jundico anulável, o devedor prestou, a sentença posterior, que anula o ato jurídico, induz que incidiu o art. 157, e não o art. 936-

PARTE III

Anulabilidade

Capitulo 1

Defeitos dos Atos Jurídicos

§ 411. Que são defeitos dos atos jurídicos

1.Defeitos *dos* atos jurídicos. São defeitos dos atos jurídicos as faltas de elementos, ou a presença de fatos que tornam deficientes os suportes fáticos: entram esses no mundo jurídico e se fazem, assim, atos jurídicos, mas defeituosos. A *vis absoluta,* isto é, o ter sido arrancada a manifestação de vontade pela força material, diretamente (= sem ser pela coação), não é causa de defeito, mas de insuficiência do suporte fático: não entra, por isso, no mundo jurídico. A ação, que se houvesse de propor, não seria constitutiva negativa, e sim declarativa negativa; razão por que, se o autor perde, pode ser proposta aquela. Houve insuficiência, e não deficiência.

O conceito de defeito é mais largo que o de vicio. A incapacidade relativa é defeito, sem ser vício; o dolo é vício e, pois, defeito. A falta do assentimento da mulher ou do marido é defeito, não é vício.

O ilícito anulante opera como se fosse cunha, que, batida pelos atos do processo judicial, rachasse o ato jurídico, de cima abaixo. Não se confunde com a rescisão, nem com a nulidade. A causa de rescindir é diferente; apenas se vê, de fora, por onde o juiz pode abrir, cindindo. A nulidade, essa, faz do ato algo como torrão de areia, que se esboroa a qualquer toque.

Proferida a sentença de nulidade ou de anulação, o que éfático não é atingido; porque ao fato puro não se decreta nulidade, nem se anula: decreta-se a nulidade, ou se anula o que éjurídico. E nem todo o jurídico: os atos-fatos jurídicos e os fatos jurídicos *stricto* sensu não são alcançáveis. O que só depende de mandamento a juizes e oficiais públicos pode ser efeito, imediato ou mediato, da sentença; o que depende de cumprimento de mandado fica dependente de que haja o

mandado e o cumprimento. Se a carga da sentença de anulação não tem eficácia executiva imediata, o que é a regra, tem-se de pedir a execução da restituição, o que se dá vindicativamente, pela *actio iudica ti,* ou pelo deferimento do pedido cumulado sucessivo.

2.

Sanções *jurídicas técnicas.* A técnica legislativa a respeito dos defeitos, ou a) os tem por absolutamente invalidantes e, então, são nulos os atos juridicos; ou *b)* ou por simples geradores de direito formativo e, pois, impugnáveis os atos jurídicos, dentro de certo prazo (a impugnação depende de declaração, feita a tempo, do titular do direito de impugnação, e.g., Código Civil alemão, §§ 123 e 124); ou c) por invalidantes relativamente e, assim, por anuláveis (relativamente invalidados), por meio de ação, os atos jurídicos segundo o direito comum, no qual já se havia precisado a distinção entre atos jurídicos nulos e atos jurídicos anuláveis, *e* segundo o direito brasileiro.

No Código Civil brasileiro, sob a rubrica "dos defeitos dos atos jurídicos" estão só o erro, o dolo, a coação, a simulação e a fraude contra credores. Mas, em verdade, a incapacidade também é *défice,* bem assim a falta de assentimento do marido ou da mulher, ou outra falta nulificante ou anulante.

551

§ 412. Não-coincidência da manifestação de vontade com o elemento volitivo

1.

Aparência pura, nulidade e *anulabilidade do ato* jurídico. No campo que a lei deixa às manifestações de vontade, para a constituição de atos jurídicos (= composição de suportes fáticos, em que há o elemento volitivo e entram no mundo jurídico), é de esperar-se que a manifestação corresponda ao elemento volitivo interno. Pode dar-se que não coincidam: *a)* se a manifestação de vontade não proveio

daquele a que se atribui *(aparência pura),* como se A falsificou a letra e a assinatura, ou só a assinatura de B, — espécie que não entra no mundo jurídico, como ato jurídico lícito, e pode consistir em manifestação unilateral de vontade puramente aparente; *b)* se o ato manifestativo nenhum elemento de vontade contém, isto é, aparece como tal, porém é cheio de fato externo *(vis absoluta),* como se A, tomando a mão de B, escreve com a mão de B a carta, ou a assina; *c)* se há, em virtude de regra jurídica sobre *incapacidade,* défice de vontade (absoluta~ mente incapazes, relativamente incapazes); *d)* se há, em virtude de regra jurídica sobre *vício de vontade,* vontade viciada, — ou por desconhecer o que manifesta a vontade a divergência entre o manifestado e o querido (erro), ou porque tenha havido *transm is-* são errônea, ou por desconhecer a conduta de outrem intencionalmente dirigida a produzir a vontade, com dados não-verdadeiros, criados, mantidos ou fortalecidos *(dolo),* ou porque tenha havido intimidação *(coação, violência),* ou porque, com o consentimento do destinatário, a manifestação receptícia de vontade se dá com a vontade de que não entre no mundo jurídico, ou entre com outra figura jurídica que aquela que se comporia com o que se manifestou, ou com a mesma, diferentemente (simulação); e) se a vontade falta o complemento de outra vontade, que assista ou assinta: o pai, o tutor, ou o cônjuge quanto ao ato jurídico do outro cônjuge. A lei reputa vício de vontade a *fraude contra* credores; mas, aí, não há falta de coincidência entre o manifestado e o querido, posto que vontade que lesa seja vontade com vício.

Teremos, no lugar próprio, de aprofundar o estudo.

2.

Teorias sobre o *elemento volitivo.* O Código Civil brasileiro não seguiu a teoria da declaração, nem na seguiu, tampouco, o Código Civil alemão, como pretendiam alguns juristas (K. Cosack, *Lehrbuch,* 1, 6ª ed., 251, e E. Danz, *Die Auslegung der Rechttsgeschàfte,* § 2ª, contra C. Crome, *System,* 1, 411, e R. Henle *(Vorstellungs- und Willenstheorie,* 39 s. e 274 s.). Nem se submeTeil, à risca, à teoria da vontade. Nem no devera fazer. A manifestação de vontade existe tal como se apresenta e nos termos em que há de ser interpretada, inclusive atendendo ao princípio de boa-fé (Código Comercial, art. 131, art. 1). E o *princípio da existência da manifestação de vontade.* Por isso mesmo, só se pode ir contra ela para se lhe negar *validade:* se há o vicio, — a manifestação de vontade existe, mas é *anulável.* Se a manifestação de vontade não proveio daquele a que se atribui, ou se houve *vis absoluta,* então

manifestação de vontade não houve, tal como se apresenta porque a procedência certa é pressuposto subjetivo da existência da manifestação de vontade, Toda manifestação de vontade o é da vontade de alguém, A, que a manifesta por si, ou por alguém que lhe possa manifestar a vontade. Só a lei pode dizer onde, havendo divergência entre o manifestado, que se interpretou, e a vontade, há vício de vontade. As regras jurídicas a esse respeito são de interpretação estrita. No direito brasileiro, só a incapacidade absoluta pode fazer *nulo* o ato jurídico, no que concerne à vontade, ao lado da ilicitude, da impossibilidade e da infração de regra jurídica forma ou regra jurídica cogente sobre elemento não-formal. Todas as outras espécies são de anulabilidade, inclusive a incapacidade relativa.

O fundamento para as anulabilidades segundo os arts. 86- 113, 147, II, e 158, é a proteção do interesse de um dos que figuram no ato jurídico, ou podem vir a figurar, se há conflito entre o que manifesta a vontade e o *alter,* ou de terceiros. Nem sempre o que manifesta a vontade é o protegido; mas, sempre, a lei leva em conta que o manifestante há de ser tutelado quanto a só se lhe imputar o que *quis* e *manifestou,* e o *alter,* quanto a só se interpretar o que quis porque alguém manifestou vontade, ou quanto ao interesse daquele que a concordância lesa.

3.

Nulo *ou anulável é o ato* jurídico, não *a manifestação de vontade, de conhecimento* ou de sentimento.

Convém que se não empreguem as expressões “nula”, “anulável”, a propósito de manifestações de vontade, de conhecimento e de sentimento. Manifestações de vontade, de conhecimento ou de sentimento, são deficientes ou viciadas; não são nulas, nem anuláveis. Nulos e anuláveis são os atos jurídicos, em cujo suporte fático estão essas manifestações de vontade, de conhecimento ou de sentimento, deficientes ou viciadas. Nulo e anuláveis são conceitos do plano da validade; portanto, já após a existência dos atos jurídicos. Não se podem usar 551

adjetivos em planos diferentes daquele em que se lhes dá o sentido.

Por conseguinte, quando do ato humano se deduz vontade que não existiu (e.g., o professor encheu e assinou, para fins didáticos, a nota

de venda, ou a aceitação de oferta de contrato), seria erro pensar-se em nulidade, ou em anulabilidade. Seria absurdo pretender-se a decretação da nulidade, ou a anulação que desconstituísse o ato. O ato, tal como se apresenta, não entrou no mundo jurídico; portanto: não existe. A ação, que se pode propor, é a ação declaratória negativa, e não a constitutiva negativa (O. Wendt, Unterlassungen und Versãumnisse, *Archiu fúr die civilistische Praxis,* 92, 248; A. Manigk, *Willenserklàrung und Willensgeschãft,* 471 s.) Se A recebe cada, firmada com o nome de B e letra parecida (ainda para técnicos) e aceita a oferta, que na carta se contém, E não precisa de intentar ação de nulidade, ou de anulação: a ação, que tem B, que não firmou a carta, é a ação declaratória negativa, porque nenhuma relação jurídica se estabeleceu entre A e B, com aquela carta. As manifestaçóes de vontade não entraram no mundo jurídico. Dá-se o mesmo se C telefona a A, como se fosse B, e lhe encomenda mercadorias. Se naquele, ou nesse exemplo, A teve prejuízo, é A quem acarreta com eles; porque o ato ilícito foi contra ele, e não contra B. Quem é destinatário é que tem de verificar a procedência da manifestação de vontade, seja oral, seja escrita. A própria inserção de promessa de recompensa nos jornais somente obriga a quem é apontado como promitente se foi essa pessoa quem a fez.

O que acima se disse quanto a manifestações de vontade também se entende com as manifestações de conhecimento e de sentimento, inclusive comunicações.

4.

As *duas teorias, a da declaração e a da vontade; a* sin tese. Historicamente, a *teoria da declaração* é a primeira. Os homens têm como vontade o que se declarou, de ordinário em fórmulas solenes, gestos e cerimónias. Os atos jurídicos não-solenes são posteriores. O que importava à vida de relação era o contacto entre os homens; e esse contacto supõe manifestações de vontade. Quando se pôde ver, por trás das manifestações de vontade (de regra, declarações), a vontade, foi possível distinguirem-se manifestações de vontade *iguais* a vontades, manifestações de vontade e vontades *desiguais,* manifestações de vontade vazias (ocas), isto é, *sem* vontade, e vontade não-manifestadas. A esses dois momentos, o momento dos povos mais antigos e o momento dos que viram a vontade independente da manifestação, corresponderam duas teorias contemporâneas que pretendiam fixar as atitudes: prima a declaração, disse uma; prima a

vontade, a intenção, disse outra. Em verdade, há negócios jurídicos *e* atos jurídicos *stricto sensu,* em que é preciso atender-se mais à declaração de vontade do que ao querido pelo declarante, e negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu* em que a vontade pode vir à tona, ou ter de ser trazida ainda contra a manifestação. (A vontade, como o pensamento, é íntima; manifesta-se, quase sempre, —porém seria absurdo dizer-se que a vontade íntima é abstração, como faz Henoch D. Aguiar, *Hechos* y *Actos jurídicos,* 127. Tanto assim que pode haver divergência entre o querido e o manifestado.)

Não há solução *a priori* para o problema de primar a declaração, ou primar a vontade. Momentos históricos diferentes tiveram soluções diferentes. Os formalismos (e.g., romano e germânico) atribuiram papel decisivo à declaração formal. Depois, com o direito clássico e o posterior, atendeu-se a que o direito servia à vida de relação, em que as vontades operam, manifestando-se e, por vezes, pondo-se *claras.* Tinham de surgir casos em que a declaração falhava a essa extrinsecação; portanto à sua própria finalidade. À tese do primado da declaração formal sucedeu a antítese da *teoria da vontade,* a que havia de se seguir a síntese, e essa tinha de partir de que a vontade é que há de primar, salvo onde o fazê-la mais forte que a manifestação poria em risco a segurança dos negócios, do tráfico. A luta entre os partidários de uma e de outra teoria foi superada. As fontes romanas clássicas davam à teoria da vontade o primado; os juristas modernos pretenderam substituir a ela a *teoria da declaração;* mas evidenciado ficou que o direito positivo, salvo num ou noutro ramo, não o comportava. A teoria do erro, permitindo a anulabilidade (alhures, a nulidade) do ato jurídico, por haver divergência entre a vontade e o que se manifestou, chocam-se com a teoria da declaração. Na L. 25, § 1, D., *legatis et fideicommissis,* 32, disse Paulo: "Cum in verbis nuíla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio." Se não há ambiguidade nas palavras, não éde admitir-se questão sobre a vontade. Mas tal texto apenas contém regra de interpretação, ressaltantemente tautológica: se há ambiguidade, há dúvida sobre *a* ou *b;* se não há ambiguidade, não há questão sobre *a* ou *b,* porque lá se diz *a,* ou lá se diz *b,* tanto assim que não há ambiguidade. Se há prova de que não se disse *a,* a ambiguidade com ela se destrói; e isso está na L. 69, *pr.:*

"Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem" (cf.

L. 9, *pr.,* D., *de heredibus instituendis,* 28, 5; L. 10, C., *de donationibus,* 8, 53; L. 2, C., de *emancipationibus liberorum,* 8, 48; L. 15, D., de

iurisdictione, 2, 1).

551

No direito comum, tinha-se por nulo o negócio juridico em que a vontade interna não correspondesse à declaração. Daí corretivos com as pretensões às perdas e danos, as exceções e as cautelas. O princípio era perigoso, ainda se se deixasse à verificação pelo juiz, como queria G. Hartmann (Wort und Wille im Rechtsverkehr, *JahrbOcher ftIr die Dogmatik,* 20, 1 s.); porém, se se admitisse que, em havendo culpa na discordância, tivesse de primar a declaração (assim, E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 511 s.), não bastaria para se encontrar a linha certa. Teve o direito comum de ir abrindo as exceções (reserva mental, erro sobre o nãoessencial, casos de confiança na validade).

Não há dúvida que a concepção dos vícios, por divergência entre o manifestado e o querido, como causas de anulabilidade, serve de argumento à teoria da declaração, a que melhor se chamaria teoria da exteriorização *(Ausserungstheorie);* mas esse entrar da manifestação de vontade, como elemento do suporte fático, no mundo jurídico, apenas atingivel pela sentença na ação de anulação, atende a que a coincidência é *o que mais* acontece, nas relações da vida. Por outro lado, é preciso que se alegue e se dê a prova em juízo, uma vez que alguém, manifestante, ou destinatário, ou terceiro, não está de acordo em que a divergência se tenha dado.

Assim, seria exagero elevar-se a manifestação de vontade à categoria de elemento essencial único, porque a vontade não no seria. Se o ato entra no mundo jurídico, e é apenas anulado, ao invés de não entrar (inexistência de ato juridico), ou, pelo menos, de entrar e ser nulo (invalidade pronunciável independente de sentença), é porque a *distinção* mesma entre manifestação de vontade e vontade somente ocorre quando se aponta a divergência. Antes, a manifestação é tida como coincidente, como pele da vontade. Onde não se precisa de intervenção do juiz, o sistema jurídico brasileiro deixou no plano da existência, como inexistente, as manifestações de vontade divergentes da vontade. O suporte fático, em que há manifestação de vontade não-séria, e a manifestação de vontade simulada e inocente não entram no mundo jurídico. Por onde se vê que a manifestação de vontade, no caso de simples vício, tinha de ser suficiente para a entrada do suporte fático no mundo jurídico, sem que a vontade passasse a elemento secundário em relação à manifestação. Tanto vem ela à frente que se

tratam os atos não-sérios como juridicamente inexistentes.

5.

Interpretação, reserva mental e *invalidade.* Quanto à *reserva mental,* a exclusão dela como vicio, ou como elemento pré-excludente da juridicização do ato, é bom argumento a favor da teoria da declaração; mas o assunto merece maior exame: é limite àprevalência da vontade e cumpre ter-se em vista que o art. 85 éregra de *interpretação* dos atos jurídicos, e não enunciado de preferência pela teoria da vontade. Na aplicação dela, faz-se vir àtona a vontade que se quis manifestar, ainda que a manifestação divirja, e não outra vontade, que não se quis manifestar (= que mentalmente se reservou). O art. 85 é para quando haja manifestação, ainda imperfeita, da vontade. O ato não-sério, que se compôs na expectativa de que se lhe visse a falta de seriedade, não entra no mundo jurídico (exemplos didáticos, peças teatrais, pilhérias etc. Alguns sistemas juridicos admitem que entre no mundo juridico, sendo nulo (Código Civil alemão, § 118), ou anulável. Não é a melhor solução de técnica legislativa: não houve vontade suficiente àquela entrada; o que falta, devido à falta consciente de vontade e à expectativa de não-ser levada a sério a manifestação de vontade, é o próprio suporte fático. Se a manifestação, a que falta seriedade, é para enganar (= sem expectativa de não-ser levada a sério), dá-se reserva mental, e essa é insuficiente para impedir ao suporte fático a entrada no mundo jurídico.

Problema de técnica legislativa surge quando, a despeito de esperar o manifestante que não se lhe levasse a sério o que manifestou, o destinatário toma a sério a manifestação não-séria de vontade. Ou a) se tem a frustração da expectativa como falta de cautela por parte do manifestante, entrando, por isso, no mundo jurídico o suporte fático (expectativa — cautela = 0), e tal é a solução inglesa; ou *b)* se tem o destinatário como frustrado por si mesmo, pois que lhe incumbe acautelar-se, uma vez que, tratando-se de manifestações receptícias, *podia* o destinatário conhecer a falta de seriedade. Se se segue a solução *b),* tem-se de estabelecer regra jurídica sobre ato ilícito absoluto para o interesse negativo, o que, hoje, se resolve sem se precisar de recorrer à chamada *culpa in contrahendo.*

O ato simulado, em que são elementos de definição a simulação e o acordo, não entra no mundo jurídico; mas, se há intenção de enganar

a terceiros, ou fraudar a lei, entra: simulação + acordo = suporte fático deficiente. No mundo jurídico, é ato jurídico com vicio (portanto com défice); lesados e o Estado têm ação, conforme a espécie de ofensa.

551

§ 413. Construção da anulabilidade

1.

Situação do anulável entre *o nulo* e *o válido.* A anulabilidade tem de ser construída, porque, entre o nulo e o válido, a sua natureza é como esfumada, algo de zona cinzenta entre o negro do nulo e o branco da validade. aTrata-se de validade condicionada, pois que produz efeitos? Assim, W. Jellinek *(Der fehlerhafte Staatsakte und seine Wirkung, 46).* Mas como considerar-se válido o negócio jurídico anulável, somente ou principalmente porque produz efeitos, se se teria de conceber a sentença anulatôria como à semelhança d?1

sentença de rescisão, ou de resolução? Seria apagarem-se diftirenças que foram estabelecidas, solidamente, pela história e pela dogmática. Tampouco mereceria acolher-se a explicação C. Esposito *(La Validitá delle Iegge,* 279), fundada na distinção entre ato e atividade, que excluiria a contradição da atividade com o ordenamento jurídico, em se tratando de anulabilidade. Ora, na rescindibilidade, *que é menos,* tal contradição pode ser discutida, — não na anulabilidade.

A anulabilidade é invalidade menos grave: é o nulo *eventual,* em vez do nulo inicial. Ora, aí, a eventualidade marca.

2.

Não há invalidade superveniente. Quanto à invalidade sobre-vinda, a lógica obriga a tê-la como *contradictio in terminis.* O testamento, pela feitura de outro, não se invalida; revoga-se (art. 1.746). Ao

nascimento de herdeiro necessário, se o testador era sem qualquer um, ou se ignorava tê-lo, o testamento

"rompese", diz o art. 1750. Não há nulidade, nem anulabilidade. "Rompe-se", também, se o testador ignora existirem outros herdeiros necessários (art. 1.751). A venda e compra condicional, com o perecimento do objeto, não se torna nula: extingue-se, nos casos dos arts. 879 e 882, — não fica nula; no caso de culpa ou de já estar em mora, o devedor, responde ele (arts. 957 e 1.058). Os exemplos acima são os que E. Regelsberger *(Pandekten,* 1, 636) entendia serem de invalidade superveniente, mas a dogmática jurídica repele tal unificação, um tanto desabusada, dos modos de extinção. A nulidade ou a anulabilidade somente pode sobrevir, se sobrevém lei, que a estatua: o suporte fático não era deficiente, e faz-se deficiente, *pela retroatividade de tal lei.* Mas, aí, já se está no campo do direito intertemporal, onde a *lex nova,* se pode, no sistema jurídico, retroagir, pode adotar sanatôria do nulo; e ainda que se lhe vede retroagir, alargando, limitando ou extinguindo a sanatória do anulável.

3.

Conseqàências da anulação. A anulação lança no não-ser o ato jurídico, *que era,* embora anulável. Tal o efeito constitutivo negativo da sentença; e somente, no direito brasileiro, da sentença. De regra, as nulidades podem ser decretadas de ofício, quando o juiz as encontrar. As anulabilidades, não. A eficácia constitutiva negativa da anulação é ex *tunc.* Tudo que a sentença pode alcançar é expelido do mundo jurídico. Se ato jurídico de disposição foi anulado, a disposição tem-se como se não houvesse acontecido: o

direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, que, em virtude do ato jurídico anulável, passara ao patrimônio do disponente, tem-se como se nunca tivesse saído dele; no patrimônio, em que o pusera o ato jurídico dispositivo, tudo se passa como se nele nunca estivesse estado. Não se trata de ficção. A sentença, em plano de realidade pura, desconstituiu o ato jurídico, desde todo o começo (ex *tunc).* Se a coisa não estava, ao ser alienada, no patrimônio de quem a alienou, porém no de outra pessoa, é ao patrimônio dessa que volta.

Quem obtém a anulação do ato jurídico de disposição pode, por isso, *reivindicar.* Todavia, tudo que se passou, juridicamente, durante o tempo entre a disposição e a anulação, é respeitado pela sentença, — razão por que a reivindicação não pode ir buscar o que se adquiriu por modo originário, ou pelo registro no registro de imóveis, que pode ser aquisição originária. O que usucapiu pode objetar a usucapião, ainda

que não tenha, no momento, a sentença, por que essa é apenas declaratória. Anulada a dação em soluto, o credor é titular do crédito, *ex tunc,* com as garantias que tinha, sem que a ação de anulação se haja de dirigir contra o fiador, o dono dos créditos caucionados, ou o proprietário da coisa penhorada, ou hipotecada, ou dada em anticrese (o litisconsórcio é apenas facultativo, Código de Processo Civil, art. 46, III): se creram na eficácia de dação em soluto, creram em eficácia de ato jurídico anulável, que agora se anula. Se a sentença anulou transferência de quota de sociedade de responsabilidade limitada, o adquirente passa a nunca ter sido sócio, e o alienante, a tê-

lo sido sempre. Se se anula assunção de dívida, o credor pode demandar o devedor que se tivera por liberado.

Anulado o crédito hipotecário, ou anticrético, a sentença tem eficácia mandamental para se cancelar o registro.

Anulada a cessão de crédito, pode o credor exercer o crédito cedido; e o *debitor cessus* pode invocar a sentença, contra o cessionário que lhe exija a prestação. Se o devedor já pagou, o pagamento fez-se a não-credor; se ignorava a anulabilidade da cessão, o devedor notificado (art. 1.069) está liberado. O art. 158 dá à 551

sentença a eficácia de reestabelecimento da situação anterior; *a fortiori,* a ação de restituição, se a sentença não trouxe carga suficiente para aquela eficácia. De regra, a eficácia real esgota a restituição. Se não na esgota, têm-se de pedir perdas e danos, como sucedâneo do efeito real.

Os direitos que terceiros adquiriram originariamente não são atingidos pela eficácia real da sentença anulatória, nem pelas sentenças na ação de restituição. O adquirente do imóvel, se o registro estava em nome do alienante, e adquirira de boa-fé, éinatingível pela eficácia; se de má-fé, a restituição atinge-o, segundo os princípios que regem a adquisição pelo registro (art. 530, 1); sem que, a respeito do segundo ou posterior adquirente, se possa indagar de boa ou de má-fé. Os direitos que o adquirente adquirira, sem ser pelo decorrer de tempo ou por elementos só objetivos, extinguem-se. E de boa-fé o terceiro que ignora a anulabilidade; de má-fé, o que a conhecia ou a devia conhecer. O terceiro que só veio a conhecê-la pela propositura da ação pode ser que esteja incólume à eficácia sentencial no tocante a direitos que foram adquiridos antes.

Se a restituição não se pode dar, indeniza-se: o figurante, pelo

equivalente (art. 158); o terceiro, pelo enriquecimento injustificado (arts. 964-971).

4.

Efeitos pessoais e *consequências da anulação.* Se do ato jurídico, que se anula, se haviam irradiado direitos e pretensões, deveres e obrigações de ordem pessoal, é como se nunca tivessem existido. Se, em adimplemento, se deu algum bem, o ato jurídico abstrato de transmissão não é contagiável pela anulabilidade do negócio jurídico causal: seria preciso para a anulação dele que, a respeito dele, tivesse ocorrido o mesmo defeito de vontade. A responsabilidade pode ser fundada no enriquecimento injustificado.

Se foi terceiro que solveu a dívida (arts. 930 e 931), a anulação não atinge esse ato jurídico de adimplemento (E. iung, *Die Bereicherungsansprúche,* 113). Observe-se que, tratando-se de pagamento, em sentido estrito e exato, não há pensar-se em anulabilidade: pagamento é ato-fato jurídico.

5.

Direito de retenção e anulação. Os figurantes têm *direito de retenção:* a entrega há de ser contra-entrega; é certo que as pretensões de restituição não se originam da mesma relação jurídica, mas nascem da anulação do *mesmo* ato jurídico, de que resultaram as relações jurídicas desfeitas. A data para se entender devida a restituição é a data do ato jurídico anulado (1(. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 235, nota 21), e não a da anulação. O prazo de prescrição somente começa a correr da data do trânsito em julgado, porque, até então, se procedia à desconstituição do ato jurídico.

6.

Anulação e *direitos formativos.* Nos atos jurídicos que irradiam direitos formativos, a sentença de anulação extingue tais direitos, ou o estado jurídico, que se estabelecera com o exercício do direito formativo.

Se houve opção, retrovenda, ou escolha, ou ratificação, ou aprovação, a sentença de anulação desconstitui a opção, a retrovenda, a escolha, a ratificação, ou a aprovação, e restitui o direito formativo. Aliás, se, ao

propor a ação de anulação, o autor manifestou a vontade, que seria a sua, se não tivesse ocorrido a causa invalidante, ou tal manifestação resulta do próprio pedido de anulação (quem pede anulação da aceitação recusa a oferta; quem escolheu entre duas coisas, *a* e *b,* se pede anulação da escolha de *a,* escolhe *b;* quem pede a anulação do exercício do direito de recobrar a coisa, segundo o art. 1.140, desinteressase do seu direito formativo). Em todos esses casos, se havia prazo, a anulação implica a manifestação de vontade inversa. Dá-se o mesmo em caso de aceitação ou de repúdio de herança, ainda que esteja esgotado o prazo (O. Wendt, *Unterlassungen und Versàumnisse,* 275). Se se trata de direito formativo extintivo, a anulação restabelece a situação anterior; portanto: o que renunciara à herança, aceitou-a; o que exerceu o direito formativo resolutório do art. 1.092, parágrafo único, ou o direito de resolução que se estabelecera no contrato, volve à situação que tinha antes de o exercer; se se anula a revogação do testamento, esse é que contém as declarações de última vontade; se se anula a denúncia, o contrato fica intacto.

Durante a ação de anulação do ato jurídico, pode haver desistência, ou desistência e renúncia. A ratificação, conforme os arts. 148 e 149, contém, como efeito, extinção da ação, devendo-se tomar por termo e julgar-se, para outro efeito: o efeito da extinção da relação jurídica processual.

551

§ 414. Causas de anulabilidade

1.

Defeitos, *inclusive vícios.* Têm-se como *causas de anulação,* defeitos, inclusive, pois, os vícios de vontade, considerados como elementos que, embora de menor importância que os elementos de cuja falta resulta nulidade, desfalcam o suporte fático e são suscetíveis de fundar a anulação. No direito brasileiro, além dos vícios, estão a incapacidade relativa do agente e as faltas de assentimento de outrem. Concebe-se a

vontade do relativamente incapaz como parte de um dos cubos, que perfazem o suporte fático, e o assentimento do que assiste ao incapaz como outra parte. A imagem permite que se pense nos cubos, de cuja falta resulta a anulabilidade, como cubos pequenos que, juntos aos das vontades manifestadas, comporiam cubo igual aos dos outros elementos. A técnica legislativa tomou a incapacidade do absolutamente incapaz como *falta* de todo um elemento, o elemento volitivo, posto que manifestado: o espaço está *lá,* vazio, porém marcado, pois que elemento volitivo fático houve, se bem que de incapaz. O mesmo acontece em se tratando de ilicitude, ou de impossibilidade do objeto, ou de falta da forma, ou de infração de regra jurídica sobre solenidade, ou de outra, que lhe negue validade, ou quaisquer efeitos. Diz o art. 145: "E nulo o ato jurídico: —

Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5º). II — Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto. III — Quando não revestir a forma prescrita em lei (arts. 82 e 130). IV — Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade. V — Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito." Ora, as causas de anulação não têm a mesma gravidade. Ou há vontade, que se não completou com outra, portanto há vontade, posto que necessite de outra; ou há vontade viciada (erro, dolo, coação, simulação, ou fraude contra credores). Nos casos de nulidade do art. 145, 1, a vontade é de agente que juridicamente não pode querer; nos casos do art. 147, 1, há vontade de agente que pode, juridicamente, querer, porém que precisa de ter o assentimento de outrem. Nos demais casos do art. 147, há vontade, há agente que pode, juridicamente, querer, mas a vontade mesma foi viciada. Estatui o art. 147: "E anulável o ato jurídico: 1

— Por incapacidade relativa do agente (art. 6º). II — Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113)." O art. 147 não é exaustivo; porque há faltas de assentimento de outrem, anulantes (ou causadoras de nulidade, *e.g.,* art. 1.132), sem que se refiram à incapacidade do agente.

2.

Mínimo de vontade. Todo negócio jurídico exige *mínimo* de vontade. Sem vontade, o negócio jurídico não é (= o suporte fático não penetra no mundo jurídico). Por isso, a questão do falso e da autenticidade é questão que se põe no plano da existência: e, ou não é; houve, ou não houve vontade. O negócio jurídico, para ser nulo, tem de ter no seu

suporte fático cubo de vontade, posto que absolutamente incapaz o agente. A vontade que aparece no negócio jurídico anulável é vontade de quem pode querer; o que se lhe exige é que tenha havido assentimento de outrem, se o caso é um dos que cabem no art. 147, 1, ou em regra jurídica especial, e que não tenha ocorrido erro, dolo, violência, simulação, ou fraude.

3.

Atos jurídicos stricto sensu. Quanto aos atos jurídicos *stricto* sensu, também se exige, de regra, vontade que entre no mundo jurídico e não seja viciada.

§ 415. Ação de anulação

1. *Decreta ção de nulidade* e *decreta ção de anulação.* Enquanto a nulidade pode ser decretada incidentemente e de ofício, a anulação exige processo em que se articule a anulabilidade e se peça a anulação, com inteira defesa pela outra parte. Não quer isso dizer que o demandado não possa articular, contra o demandante, a anulabilidade do ato jurídico. Donde o problema de se saber em que ações se pode defender o demandado com a alegação do vicio. Sempre que a ação se transforma em ordinária, ou sempre que se trata de embargos de terceiro, nada obsta a que o demandado, ou o terceiro embargante peça anulação (e.g., a mulher, por ter faltado o seu assentimento).

Se o dolo, a coação e a simulação são, de si sós, crimes, nem por isso se há de inserir no art. 145, II, o ato, para se considerar nulo, pois houve manifestação de vontade do que sofreu com o dolo, a coação, ou a simulação; e a sanção é a da anulabilidade (cf. P. Vogel, *Der Beqriff des gegen die guten .Sitten verstossenden* 551

Rechtsgeschãfts, 40). Se a ilicitude está no objeto, incide o art. 145, II. O meio ilícito não faz sempre nulo o ato jurídico (e.g., bebedeira, aproveitamento de momento de euforia ou de entusiasmo por alguém a quem queira agradar ou perante quem deseje aparentar fortuna). Se o negócio jurídico é abstrato, nem o ilícito nem o dolo, a coação, ou a

simulação pode vira àtona, salvo entre figurantes do negócio jurídico subjacente ou sobrejacente (cf. E. Heise, *Die Anwendung der* §~ *134, 138 BGB. aul* die *abstrakten Rechtsgeschàfte,* 62 5.; Th. Erlanger, *Der Gesetzeswiderspruch der* 59 *134, 138 BGB. mit* § *817*

BGB., 64 s.).

Às ações executivas do art. 585, I-VII, do Código de Processo Civil pode o executado alegar a incapacidade, ou a coação (4ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 9 de outubro de 1935, *RT* 107/513), ou o dolo, ou a simulação, causas de anulabilidade, porque quando a execução se funda em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento (Código de 1973, art. 745); igualmente, no direito anterior, uma vez que o processo tomava o rito ordinário (Código de Processo Civil de 1939, art. 301). Idem, na ação cominatória (Código de Processo Civil de 1939, art. 302, art. 303, § 2ª).

2. *Cessão de direitos* e pretensões. Na discussão sobre se o cedente continua com a ação de anulação após a cessão, ou se a transfere ao cessionário, cedo se assentou que a ação lhe fica, pois que singular a sucessão (M.

Bruck, *Die Bedeutung* der *Anfechtbarkeit for Dritte,* 37; 6. Planck, Nommentar, 1, 1ªed., 378; E Jahn, *Anfechtung* eines gegenseitigen Vertrags, 37). Ao cessionário não se transfere, nem lhe nasce ação de anulação. Quem somente sucede em direitos e pretensões, e não em deveres e obrigações, não é legitimado à ação de anulação. Se sucede no dever e obrigação, é preciso indagar-se se também sucedeu na ação de anulação, o que é questão de fato (adiante, nº 416, nº 5). Pode dar-se que o cedente, que é sempre livre de renunciar àação, a tenha, em vez de conservá-la, ou de a ela renunciar, transmitindo-a ao cessionário. Por isso mesmo o cessionário, que está em dúvida sobre essa transferência, tem a seu alcance a ação declaratória em que se lhe diga se tem a ação, ou se não na tem (E Jahn, *Anfechtung* eines *gegenseitigen* Vertrags, 39). Se vai logo com a ação constitutiva negativa, essa questão é questão prévia, que o juiz decide antes de se pronunciar sobre os pressupostos da anulação.

1. S *ujeitos ativos da ação de anulação.* Para todos os casos de decretabilidade de anulação, a legitimação ativa cabe àquele ou àqueles a favor de quem se estabeleceu a regra jurídica sobre ilícito anulante. Tratando-se de incapacidade relativa, o próprio incapaz ou a pessoa que ao ato jurídico deveria ter assistido. Se o relativamente incapaz o é por idade e ocultou, maliciosamente (art. 155, *verbo* „dolosamente"), a idade, inquerido pelo outro figurante, ou se espontaneamente se declarou maior, não tem ação de anulação. Tratando-se de erro, dolo, ou coação, legitimado ativo é a vitima do erro, do dolo, ou da coação. Se houve simulação, a ação de simulação absoluta, que não é a de anulação, nem a de nulidade, mas declaratória negativa, compete a qualquer dos figurantes e a terceiro interessado. A ação de simulação relativa prejudicante (arg. ao art. 103) é de anulação e toca a quem foi lesado pela simulação, ou pode por ela ser lesado, ou aos órgãos e representantes do poder público (art. 105). A ação de anulação por fraude contra credores só é proponível pelo credor a que a fraude ofende. A ação de anulação do ato jurídico por falta de assentimento de outrem é de exclusiva legitimação do que deveria assentir.

Se A cede a C o crédito contra B, A continua com a ação contra B se há anulabilidade por invocação do art. 89. A cessão do crédito não transfere as ações de anulação. Poder-se-ia discutir o direito próprio do cessionário; mas ele não no tem. Se houve cessão de crédito e assunção de dívida, nem por isso se entendem transferidas as ações de anulação. Se há sentença anulatória, a restituição é do que prestou ao que pediu a anulação, de modo que o cessionário terá de ir contra o cedente, que recebeu, por lhe não ter sido entregue o que se restituiu ao cedente, nem lhe caber ação de enriquecimento contra o autor da ação, devedor (cf.

G. Fontheim, *Das Anfechtungsrecht,* 72). Aliás o cessionário tem ação declaratória contra o cedente, tratando-se de contrato bilateral (E Jahn, *Anfechtung* eines *gegenseitigen Vertrages,* 39). Se a manifestação de vontade do representante tem vício, tem o representante a ação de anulação (B. L Schippan, *Wirkungen und Wesen der Anfechtung,* 34).

2.

Conteúdo do art. 152, 2ª parte, do Código Civil. Diz o art. 152, a parte: "Só os interessados as pod 2

em

alegar" — referindo-se às anulabilidades (art. 147) — *"e* aproveitam exclusivamente aos que as alegarem, salvo o caso de solidariedade e, ou indivisibilidade." O relativamente incapaz é sempre interessado, respeitado o art. 155. O assentimento do marido aos atos jurídicos da mulher, ou da mulher aos atos jurídicos do marido, quando exigido por lei, não é requisito resultante de incapacidade, razão por que, quanto aos atos jurídicos do marido, só têm ação a mulher ou seus herdeiros (art. 239), e, quanto aos atos jurídicos da mulher, o marido ou seus herdeiros (art. 253).

3.

Exceções ao art. 152, 2ª parte, do Código Civil. (a) Do ato jurídico *stricto* sensu, a que se refere o art.

1.123, ou de outro, que consista em determinação da prestação por terceiro, pode ser pedida a anulação pelos figurantes, ou pelo terceiro. Tal determinação tem relevância para os que tomaram parte no negócio jurídico, ou para o único figurante (e.g., promessa de recompensa com determinação do prêmio deixada a terceiro). A espécie não cria exceção ao art. 152, 2ª parte, — o ato jurídico não é do figurante, *e* por ele pode ser pedida a anulação, ainda que também o possa quem o praticou. A manifestação de conhecimento do terceiro é irrevogável. Tal ato jurídico, que contém *manifestação receptícia (G.* Planck, *Kommentar,* II, *1,* 351; O.

Warneyer, *Rommentar,* 1, 559; contra, P. Oertmann, *Recht der Schuldverhãltnisse,* 177, e H. Dernburg, *Das BOrgerliche Recht,* II, *1,* 226, nota 8), quando tenha de ser por eqúidade, pode ser anulado por inequidoso. A opinião de G. Planck *(11,1,* 352) sobre ser irrelevante a ineqúidade não-ressaltante e poder-se *declarar,* judicialmente, a ressaltante, não quadraria bem ao sistema brasileiro, porque ou o fundamento da anulação é o dolo do terceiro (art. 95), ou é o erro do terceiro. O argumento de que o art. 89 sobre erro de terceiro só se refere à transmissão errônea da vontade por instrumento, ou por interposta pessoa, e o terceiro, nas espécies de que se trata, não

transmite vontade do figurante, é de pôr-se de lado, porque o art. 89 não é o fundamento da anulação do ato jurídico do terceiro, em tais espécies: nem se está a pensar em anulabilidade do ato jurídico do *figurante,* ou *dos figurantes,* e sim em anulabilidade ao ato jurídico *do terceiro.* A anulação, que se pede, é de ato jurídico do terceiro, e não do ato juridico em que se deixou ao terceiro determinar a prestação. Trânsita em julgado a sentença que anule o ato jurídico do terceiro, tem ele de prestar nova declaração de vontade (P.

Oertmann, *Recht der Schuldverhàltnisse,* 178). Também aqui não tem razão G. Planck (II, *1,* 352), nem H.

Dernburg (II, *1,* 226), para quem incidiria a regra jurídica de ineficácia do contrato (cp. art. 1.123, 2ª parte). Se a determinação da prestação foi deixada a juízo arbitral, os recursos *e* ataques são os que o direito sobre juízo arbitral estabelece, e não a anulação do ato jurídico.

(b) Exceção ao art. 152, 2e parte, tem-se em matéria de disposições de última vontade, ou, em geral, declarações de vontade para depois da morte (e.g., designação, em testamento, do diretor da empresa).

Legitimados ativos são os que foram beneficiados pelo negócio jurídico *causa mortis* em que há a disposição, ou os que seriam beneficiados com a anulação. Não são legitimados, por sucessão ao disponente falecido, mas sim por direito próprio. As ações de anulação, que têm os beneficiados pelo testamento, ou os que seriam beneficiados com a anulação, competem a cada um dos legitimados, de *per si;* mas a eficácia da sentença, se a ação apenas foi proposta por um, ou alguns dos legitimados, aproveita a todos. A opinião contrária, que expendeu A. von Tuhr, *(Alígemeiner Teil,* II, 304), não somente resulta de reminiscência inadmissível da *querela inofficíosi testamen* ti, como também desatende ao fato de poder ser a anulação do interesse dos outros legitimados, herdeiros necessários, legítimos, testamentários, legatários, ou outros beneficiados. A eficácia da sentença desconstitui a disposição de última vontade, de modo que, após a anulação, nada fica: aí está a razão de aproveitar a todos os que poderiam propor a mesma ação. Não se pode deslocar para o plano da eficácia, fugindo-se, de todo, ao plano da existência do ato jurídico, a questão dos efeitos sentenciais em matéria de disposições de última vontade, ou de outras declarações para depois da morte. Quando se diz que a anulação pode não interessar ao herdeiro legitimo, por ter de ocorrer o acrescimento, diz-se verdade; mas não é argumento para se adotar a anulabilidade somente a respeito de quem propõe ação de

anulação. O herdeiro legítimo pode pedir que se anule a disposição a favor de herdeiro testamentário, ainda que a outro herdeiro testamentário passem os bens, mesmo porque não se exige, para a propositura, que o interesse seja apenas pecuniário e imediato. Nos negócios jurídicos entre-vivos, se há duas ou mais pessoas que de um lado figuram, é óbvio que cada uma ataque, independentemente, o negócio jurídico, se o vicio somente eiva a sua manifestação de vontade (1(. Hellwig, *Lehrbuch,* III, 111 s., acabou por assim pensar, soltando a opinião anterior, expendida em *Anspruch und Klagrecht,* 189). Mas, aí, a eficácia da sentença somente concerne à parte do negócio jurídico, concernente ao autor da ação, ainda assim se tal parcialização do negócio jurídico é possível. Não se pense em anulação subjetivamente relativa, e sim em incidência ao art. 153, 1ª parte.

551

4. *Direito hereditário.* A anulabilidade apanha a declaração de deserdação (arts. 1741 e 1.742; cf. Q. Lieven, *Das nichtige und das anfechtbare Rechtsgeschdft,* 2), bem como a declaração formal do art. 1.597, pelo qual o decujo pré-excluiu a incidência dos arts. 1.595 e 1.596.

A ação de anulação pode adquirir-se por sucessão hereditária. Qualquer co-herdeiro pode exercer a ação de anulação, com efeitos para todos, se favorável a sentença.

5. *Cessão* de direitos e assunção de *dívida.* Os cessionários e os que assumem dívida alheia não têm ação de anulação do ato jurídico, de que proveio o crédito cedido ou a dívida assumida. Entendeu E. Seckel (Die Gestaltungsrechte, *Festgabe* R. lKoch, 223) que tem ação de anulação o que assume a dívida alheia, se a obrigação assumida é o único efeito, ou o efeito restante da relação jurídica de crédito (e.g., se assumira dívida oriunda de promessa de doação anulável). Porém sem razão: a ação de anulação continua com o titular da relação jurídica; o que assume a divida não pode pretender a desconstituição, se aquele em favor de quem se estabeleceu a tutela anulatória não exerceu o seu direito de ir contra o negócio jurídico, em que foi figurante.

O mesmo autor admitiu que o sucessor a titulo singular do proprietário, que anulavelmente gravara a coisa, proponha anulação, pois que, uma vez que se fez proprietário, tem interesse em que não exista o gravame; porém isso traria complicações invencíveis, porquanto a anulação do negócio jurídico abstrato iria alcançar o negócio jurídico causal entre o antigo proprietário e os terceiros que com ele trataram, tanto mais quanto quem adquire coisa gravada de regra compra por menos. Quanto à cessão da ação de anulação, pretendeu-se que não seja possível cedê-la, mas, apenas, passar-se procuração em causa própria (A. von Tuhr, *Aligemeiner Teil,* II, 306 s., e *Die unwiderrufliche Vollmacht,* 65). O erro, que não tem sido visto, está em que não se dá atenção a que existe o direito à anulação, posto que não exista a relação jurídica, que o ato jurídico anulável extinguiu. O

ato jurídico anulável existe e tem efeitos, de modo que não há outro direito, no patrimônio do cedente, que o de ir contra o ato jurídico anulável, de cuja anulação, sim, vai resultar, com eficácia ex *tunc* da sentença, a restituição do que foi objeto de disposição. O obstáculo, que A. von Tuhr apontou, não existe: a relação jurídica, a que se refere a manifestação de vontade anulável, não existe mais; não pode ser dela inseparável a relação jurídica que deriva da anulabilidade. Vai existir, com a desconstituição do ato jurídico.

§ 417. Legitimação passiva nas ações de anulação por defeito de vontade

1. *Sujeito passivo da pretensão anulatória.* Nos negócios jurídicos bilaterais, sujeito passivo da ação de anulação é o outro figurante, ainda que tenha havido representação legal ou voluntária desse. Alguns sistemas jurídicos admitem que se dirija a ação contra o terceiro, se conhecia o dolo e recolheu da manifestação de vontade, imediatamente, algum proveito. No direito brasileiro, não há tal regra jurídica (aliter, Código Civil alemão, § 123, alinea 2ª, 2ª parte). Se houve dolo de terceiro e um dos figurantes o soube, a anulação vai contra o figurante, devendo ser citado o terceiro, se se querem efeitos de coisa julgada contra ele. Assim é que se há de entender o art. 95. O terceiro, esse, responde pelo ato ilícito absoluto (art. 159), ou pelo interesse negativo, ou pela culpa contratual, se estava em relação jurídica com o autor da ação de anulação e em tal caráter obrou com dolo. Nada obsta a que se cumule à ação de anulação, dirigida contra

o outro figurante, a ação de indenização.

Falecido o outro figurante, contra o qual havia de se dirigir a ação de anulação, sujeito passivo é o herdeiro. Ainda depois de ceder os direitos que adquiriu por efeito do negócio jurídico bila teral, o outro figurante ou seu herdeiro continua sujeito passivo da ação de anulação: a ação de anulação desconstitui o negócio jurídico bilateral, e não só os direitos (efeitos) que tenham sido cedidos; nem se há de exigir a quem cede dar contas ao cessionário de tudo que se passou com ele, ao concluir o negócio jurídico bilateral. O que se disse sobre a cessão também se entende com os outros atos de disposição. Se houve, do outro lado, dois ou mais figurantes, se não há pluralidade de negócios jurídicos bilaterais, independentes entre si, a melhor solução é a que exige dirigir-se a ação contra todos os figurantes, salvo se ação de anulação já não teria razão de ser contra algum deles. Se ação de anulação (e.g., por dolo) só existe em relação a um dos figurantes, sujeito passivo é o figurante que deu ensejo à anulabilidade; para que a sentença tenha eficácia contra os outros, é preciso que sejam citados os outros figurantes; *aliter, se* cabe aplicar-se o art. 153, 1ª parte. A sentença contra um não tem efeitos contra os outros; nem se pode falar de tal eficácia, se separável a parte do contrato, por incidência do art. 153, 1ª parte. Se a sentença anula todo o negócio jurídico bilateral, e não foram 551

citados todos os que sofreriam a eficácia constitutiva negativa da sentença, o que se passa é que, quanto a eles, não passou em julgado a sentença. Se intimados da sentença, nada argúem, a sentença passa em julgado contra eles, de modo que a sua eficácia é completa, se bem que possa nascer a esses figurantes ação rescisória contra sentença. Tem-se procurado pôr no plano exclusivo do direito material a questão (respeito à regra jurídica do art. 153, 1ª parte, que dela decidiria, G. Planck, *Rommentar,* 1, 381, P. Oertmann, *Recht der Schuldverhdltnisse,* 448, C. Crome, *System,* 1, 349; contra, E. Hólder, *Aligemeiner Teil,* 319, R. Leonhard, *Der Allgemeine Teil,* 449, K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 189). Ora, a questão, se escapa da incidência do art. 153, 1ª parte, é processual: não pode haver coisa julgada contra quem havia de ser citado para a ação; se houve falta de citação, a sentença não tem eficácia contra o não-citado, mas, se vem a ser intimada a esse, ou ocorre recurso, ou preclusão, adquire-a. Se recurso foi interposto e não foi provido, *tollitur quaestio:* com a intimação abriu-se a porta para eficácia contra o figurante não-citado, que pode estar diante de decisão infringente de direito e, pois, rescindível. Se recurso não foi interposto, houve a preclusão, e o figurante mesmo, não-citado, permitiu a eficácia recente da sentença, sem que isso, no direito

brasileiro, lhe tire o direito à propositura da ação rescisória.

2. *Negócios* jurídicos *unilaterais.* Tratando-se de manifestação unilateral recepticia, titular passivo da ação de anulação é a pessoa que a tem de receber. Se a manifestação de vontade se dirigiu a duas ou mais pessoas (e.g., denúncia da locação a locatários em comum), a ação há de ser contra todas elas, sob pena de não ter eficácia contra os não-citados a sentença que se proferir. Também aqui o problema passa a ser de direito processual, porque, feita a intimação da sentença ao que não foi citado, tem o intimado de recorrer, se não quer que passe em julgado. Se a manifestação de vontade podia ser dirigida a pessoa de direito privado ou a pessoa de direito público, à escolha do manifestante, a ação de anulação dirige-se contra o sujeito de direito privado, ainda quando a lei entenda que a manifestação de vontade teria de chegar através da autoridade.

Estando em causa negócio jurídico unilateral não-recepticio, têm-se de distinguir as espécies em que alguém algo adquiriu, imediatamente, como efeito do negócio jurídico unilateral nãoreceptício, e as espécies em que não houve aquisição direta. Nesse ponto, convêm que se precise o que é aquisição imediata e o que é aquisição mediata. Aquisição imediata ou proveito imediato é a primeira aquisição ou primeiro proveito, em contraposição à segunda aquisição, ou segundo proveito, ou posterior aquisição ou proveito (P. Oertmann, Unmittelbar erlangter rechtlicher Vorteil, *Seufferts Bldtter,* 71, 285; W. Kluckhohn, Die Person des An-fechtungsgegners, *Archiu Jik* die *civilistische Praxis,* 113, 37).

Portanto, não somente a aquisição que deriva de novo negócio jurídico, mas também qualquer aquisição que vem após, sem ter havido qualquer negócio jurídico. Não se exige qualquer relação de sucessão, basta que algum fato posterior ocorra que, suposto ter havido o ato que se pretende anulável, determine a aquisição. Em termos mais rigorosamente científicos: basta que no suporte fático da regra jurídica, de cuja incidência resulta o fato de aquisição, ou de criação de proveito, esteja, como um dos elementos, o ato jurídico anulável. Por exemplo, tratando-se de derrelicção, o ocupante (art. 592); tratando-se da renúncia da propriedade imóvel, o que tem título em cuja história se suponha ter havido a renúncia (arts. 589, II, e 551); tratando-se de promessa de recompensa, o que prestou o serviço ou praticou o ato, positivo ou negativo, a ser recompensado (antes disso, a promessa de recompensa érevogável, art. 1.514, de modo que

não precisaria ser anulada). A doutrina é assente (G. Planck, *Kommentar,* 1, 380; H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 199 **5.;** J. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 191; sem razão, por negar a anulabilidade da derrelicção, E. Hôlder, *Aligemeiner Teil,* 318; J. W. Hedemann, "Herrenlose" Briefe, *Das Recht,* 11, 946). Quanto aos títulos ao portador, é legitimado passivo o portador do título no momento da propositura da ação de anulação, e não o primeiro adquirente do título (A. Langen, *Die Kreationstheorie,* 128); que, aliás, se de boa-fé, tem por si o art. 1.507. A propositura da ação e a sentença não têm efeitos contra os portadores posteriores (sem razão, A. Langen, *Die Kreationstheorie,* 130); daí a conveniência de se fazerem citações por edital, ainda que seja citado na própria pessoa o portador do título ao tempo da propositura da ação de anulação. Para citação edital não se precisa, no direito brasileiro, que alguém haja adquirido algum direito, ou obtido algum proveito. Pode ser feita se a coisa derrelicta ainda não foi ocupada, ou se o imóvel renunciado não é objeto de algum direito ou proveito que se baseie no fato de ter havido renúncia, ou se o título ao portador ainda não foi adquirido por alguém. O

titular da ação pode ignorar toda a posteridade de atos após a criação do título, ou da prática do ato jurídico, tanto mais quanto é de interesse público que se faça o mais prestamente possível a citação edital, para segurança do tráfico jurídico. Discute-se se no caso da ocupação, a derrelicção pode ser anulada por ato voluntário aformal: L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 520, nota 17) afirma-o; nega-o A. von Tuhr, *(Der Allqemeine Teil,* 1, 311, nota 89); mas a questão está em que a derrelicção é irrevogável, ainda se ninguém ocupou a coisa; o que se pode dar é que o derrelinqoente venha a ocupar, ele mesmo, a coisa que derrelinqúiu. É preciso, o que 551

não fez L. Enneccerus, prestar-se atenção à definitividade da derrelicção. Cumpre ainda observar-se que a anulação alcança a manifestação de vontade, contida na derrelicção, porém não o abandono da posse (art. 520, 1); por conseguinte, não se considera perdida ou extraviada a coisa (cf. art. 521).

No direito brasileiro, a ação de anulação do reconhecimento da paternidade, ou da maternidade, tem de dirigir-se ao reconhecido e à mãe, ou ao pai do reconhecido, respectivamente, se esse o reconheceu.

§ 418. Extinção da anulabilidade

1. *Anulabilidade extingue-se; nulidade,* não. A nulidade não se extingue; o que é nulo não passa a ser válido.

Para que pudesse tornar-se válido o que foi, por definição, nulo para sempre, seria preciso que lei nova, permitindo-o o sistema jurídico, tornasse válido, sob a sua vigência, o que era nulo e, pois, insanavelmente inválido sob a vigência da outra lei. A anulabilidade extingue-se: *a)* pela atuação do tempo, sem que se exercessem a pretensão e a ação de anulação; *b)* ou pela ratificação (arts. 148-151). A prescrição tem de ser tratada à parte, porque prescrição não é extinção: é encobrimento da eficácia, pelo exercício da exceção.

2. *Relativamente incapazes* e *invalidade.* Se o relativamente incapaz celebra negócio juridico, sem que assinta o seu pai, mãe, titular do pátrio poder, tutor, ou curador, que devia assistir, há anulabilidade; e, enquanto não se escoa o prazo de prescrição, pode o pai, ou mãe, tutor, ou curador, *pedir* que se decrete a anulação do negócio jurídico. Para que cesse a anulabilidade, épreciso que o pai, mãe, tutor ou curador assinta posteriormente, isto é, renuncie à ação de anulação; ou que o incapaz, tornando-se capaz, ratifique. Essa ratificação é mais estreita (no sentido geométrico) do que a ratificação pelo dono de negócios: o gestor de negócios atuou por outrem, o dono do negócio, sem qualquer manifestação de vontade desse, — a ratificação enche todo esse vazio; o negócio jurídico, em que devem figurar (aliás, con-figurar) o relativamente incapaz e o pai, mãe, seu tutor, ou curador, é ratificável se, vindo a tornar-se capaz o relativamente incapaz, esse o ratifica. No primeiro caso, aquele que devia perfazer a unidade de querer, o 1 de vontade, a perfaz (assentimento postenor); no segundo, o que não poderia, antes, ter dado toda a vontade, 1, e agora poderia, junta ao que deu o que faltou. Aí está diferença conceptual entre nulo e anulável. Não há sanabilidade possível ao nulo. Se não se adota o termo nulidade como abrangente da nulidade e da anulabilidade (o que se deve evitar), nulo é o negócio jurídico atingido pela invalidade insanável e anulável o que é atingido pela invalidade sanável: o défice desse épreenchível; o do outro, não. Quando o art. 148 disse que "o ato anulável pode ser ratificado pelas partes", definiu-o, de certo modo. Mas a definição é apenas aproximada.

3. *Assentimento a ato de outrem.* Além da incapacidade relativa do agente, são causa de anulabilidade: a falta de assentimento da pessoa que devia assentir, por atingir o ato interesse do que há de prestar o

assentimento (art. 242, assentimento do marido; art. 235, assentimento da mulher): é o assentimento fracionário *(a + b = 1)*; e o vício de vontade (art. 147,11: "Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude"): é o assentimento desfalcado (1 — *x)*. Também aí é possível o assentimento posterior pelo que deveria ter assentido, e não assentira; e a ratificação pelo

que, antes, só teria podido concluir validamente o negócio jurídico, com o assentimento de outrem, pois que o ratifica, se já não é exigido esse assentimento: no primeiro caso, a vontade no negócio jurídico era *a .c* 1, e passa a ser *a + b = 1*; no segundo, *a* (1, e passa a ser A = 1 = *(a + b = 1)*, porque, já agora, não sendo subjetivamente complexo, poderia A prestar o assentimento 1 e, *a fortiori,* ratificar.

§ 419. Ratificação

1. *Conceito. Ratus,* em *ratihabitio,* está por *firmus b* a *a)*. (L.12, § 1, D., *ratam rem haberi et de ratibabitione,* 46, 8; L. Seuffert, *Die Lebre von der Ratihabition, 6;* Beckhaus, *Uber* die *Ratihabition,* 5; Griesinger, *Zur Lebre uon der Ratihabition, 6;* A. 5. von Engelbrecht, *Die Bestàtigung,* 36 s.).

2. *Sentidos.* há dois sentidos de ratificação: o estrito (arts. 148, 149 e 1.343); e o lato, compreendendo a ratificação do ato jurídico anulável e a ratificação pelo dono do negócio (ratiabição, *ratibabitio)*. Na L. 25, C., de *donationibus inter virum et uxorem,* 5, 16, fala-se de *ratibabitiones negotiorum,* a respeito de doaçóes entre cônjuges e de outras (e.g., de mútuo ao filho-família, L.7, C., *ad senatus consultuni Macedonianum, 4,* 28). Na L. 23, D., de negotiis *gestis,* 3, 5, fala-se de ratificação no sentido do art. 1.343. Daí o sentido largo que passou à linguagem jurídica luso-brasileira e de outros países (cf. L. Seuffert, *Die Lebre von der Ratihabition,* 2; E.

Sintenis, *Das praktische gemeine Ciuilrecht,* 1, 2ª ed., 159 s.), se bem

que L. Seuffert haja frisado a diferença entre o sentido dos arts. 148 *e* 149 *(Bestàtigung)* e o do art. 1.343 *(Genehmigung).* O que há de comum é que, ali, se "completa" o que faltava à manifestação de vontade própria, e aqui se insere o que faltou de vontade de outrem (cf. Griesinger, *Zur Lebre von der Ratihabition,* 30). Se o *nullus* permitiu a ratiabição foi porque lhe faltava, no mundo jurídico, toda a manifestação de vontade (plano da inexistência), o que o punha na mesma plana que a ratiabição do art. 1.343. Em verdade, assim não era, no direito clássico (Paulo, L. 29, *de diuersis regu* lis *iuris antiqul,* 50, 17). Os exemplos que E. Windscheid *(Lebrbuch,* 1, § 83, nota 10) dá são posteriores.

Na L. 63, D., *de ritu nuptiarum,* 23, 2, Papiniano falou de casamento inexistente de prefeito e de mulher menor casada com o tutor, não se aludindo à ratificação, mas Paulo (L. 65) permitiu fazerem-se eficazes, após renúncia do cargo, as núpcias do que, servindo na milícia, casou, *contra niandata,* com mulher da mesma província; mas sem retroeficácia: seriam legítimos os filhos nascidos depois da nova manifestação de vontade.

Na L. 4, § 6, D., *de oflicio proconsulis et legati,* 1, 16, Ulpiano tratou da nomeação de legado, antes de entrar na província o procônsul; mas, aí, a ratificação é à semelhança da que ocorre na gestão de negócios. Quanto aos textos posteriores, O da L. 25, C., de *donationibus inter virum et uxorem,* 5, 16, atribui retroeficácia ao testamento, excepcionalmente. Idem, quanto à L. 7, C., *ad senatus consultum Macedonianum,* 4, 28 (cf. L.

Seuffert, *Die Lebre von der Ratihabition,* 133; sem razão, quanto à sua teoria da retroeficácia, Beckhaus, *Uber die Ratibabition,* 11).

Quanto à eficacização a respeito de alguém, que assinta, de modo nenhum se confunde com a ratiabição.

A ratificação do ato jurídico anulável, essa, sim, é resultante da teoria da anulabilidade segundo o direito moderno, e do *lure suo uti nemo cogitur.* A eficácia ratificativa parifica-se com a renúncia à ação de anulabilidade e, até certo ponto, mas também não de todo, praticamente, com a prescrição da ação (cf. i. Unger, *System,* II, 165; Griesinger, *Zur Lebre uon der Ratihabition,* 24 s.**;** E. Marks, *Die Bestàtigunq nicbtiger und aufechtbarer Recbtsgeschàfte,* 40; R. Wittkowsky, Die *Bestàtigung nichtiger und aufechtbarer Rechtsgeschãfte,* 36). A ratificação tem aí a eficácia de extinguir a ação, o que não poderia ter em se tratando de nulidade, porque seria ir ao passado

edificar no que não suporta edificação, fazer válido o nulo. Nem se poderia recompor com o elemento novo o suporte fático, como parecia possível a Beckhaus *(Uber die Ratihabition,* 11), nem dar à ratificação tal eficácia integral de encher o défice do ato jurídico. (Sobre isso, R.

Wittkowski, *Die Bestàtigung nichtiger und auJecbtbarer Rechtsgeschdfte,* 24, contra A. E. L. Gregory e A.

Koeppen).

§ 420. Natureza jurídica da ratificação

1. *Ratificação,* negócio *jurídico.* A ratificação é negócio jurídico unilateral, oriundo de manifestação de vontade não-receptícia (Karl Gareis, *Allgemeiner Teil,* 178), a despeito de crê-la recepticia a doutrina do direito comum, que a reduzia a *renúncia* à ação de anulação e, então, em alguns doutrinadores se admitia a bilateralidade da renúncia. Hoje, tem-se a renúncia por unilateral e apenas se vê na ratificação coincidência com a renúncia, quanto àeficácia (C. Crome, *Systern,* 1, 356; M. Scherer, *Allgemeiner Teil,* 292; E. Hôlder, *Allgemeiner Teil,* 320; A. Steger, *Anfechtbarkeit,* 72; R. Schlottmann, *Die Anfechtbarkeit,* 78). Se a ratificação foi posta em negócio jurídico bilateral, ou comunicada a alguém, não importa, porque a sua eficácia, como ato jurídico unilateral, não-receptício, se produziu. Discute-se se a ratificação pode ser posterior ao exercício da ação de anulação. Responde afirmativamente, com razão, R. Schlottmann *(Die Anfechtbarkeit,* 78); negativamente, A. Steger *(Anfechtbarkeit,* 73) e C. Petersen *(Die Bestàtigung,* 100). O que não se pode dar é a ratificação após o trânsito em julgado da sentença constitutiva negativa; até isso ocorrer, é possível a ratificação, e.g., no dia anterior ao em que a sentença passaria em julgado. A ratificação pode ser após o prazo prescricional, ainda que já trânsita em julgado a decisão que julgou prescrita a ação *(aliter* no direito alemão, 551

devido a ser preclusivo o prazo, C. Petersen, Die *Bestãtigung,* 100 s.).

A ratificação é irrevogável, desde que entra no mundo jurídico. Levaria a erros dizer-se que é irrevogável desde que começa de produzir o efeito ratificativo (e.g., H. Junker, Die Genebmi *gung,* 20).

De ordinário, tal efeito é simultâneo à perfeição do ato; porém não é necessariamente assim, Tal momento do efeito também não se confunde com o momento do passado que o efeito atinge (ex *tunc).*

Para ratificar, é preciso que, no momento, a pessoa, que vai ratificar, possa pedir a anulação, ou que a ação esteja apenas prescrita. E preciso que se conheça o ato jurídico anulável, que se ratifica (R. Schlottmann, Die *Anfechtbarkeit,* 79; R. Wittkowski, *Bestàtigung,* 61; A. Steger, *Anfechtbarkeit,* 72), se bem que não seja necessário estar convicto da anulabilidade o ratificante. O erro do ratificante sobre ser, ou não, anulável o ato jurídico é irrelevante (C. Crome, *System,* 1, 358). A inserção em negócio jurídico bilateral, ou a comunicação, de modo nenhum a atinge em sua não-recepticiedade, inclusive se é comunicada a terceiro. A sua eficácia é *erga omnes* (E. Eck, *Vortràge,* 1,128; cp. para o direito comum, L. Seuffert, *Die Lebre von der Ratil-iabition,* 138). Se a ação de anulabilidade é de duas ou mais pessoas, cada uma tem de ratificar; a que ratifica, sozinha, perde a ação, sem que as outras percam. Se há duas ou mais ações de anulabilidade, a ratificação só relativa a uma causa não se estende à outra, ou às outras causas. Se a anulabilidade não cessa com o ato ratificativo de um, é inoperante esse.

2.

Ratificação segundo o art. 148, alínea 1ª, do Código Civil. A ratificação, referindo-se a ato jurídico anulável, é, portanto, a manifestação de vontade, não-receptícia, que retira o defeito, ou o possível defeito do ato jurídico anulável. Não é a renúncia àação de anulação, ou à pretensão à anulação, ou ao direito de pedir a anulação. E ato jurídico de que *resulta* a extinção do direito de pedir a anulação, da pretensão à anulação e da ação de anulação; não é a extinção por vontade, em ato renunciativo. A renúncia é deixação, quase sempre manifestação recepticia de vontade; a ratificação do ato jurídico anulável não é recepticia. A eficácia da renúncia é ex nunc; a da ratificação do ato jurídico anulável, *ex tunc.* A ratificação dirige-se ao ato jurídico anulável, a cujo suporte fático deficiente se refere; a renúncia dirige-se àeficácia do ato jurídico, válido ou anulável, — a direitos, pretensões, ações ou exceções. Os juristas, quase sempre, no se repetirem uns aos outros, não procuraram caracterizar, a fundo, a diferença, o que não foi sem graves prejuízos para a ciência.

Assim, quando A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* 11, 319), definiu,

como outros muitos, a ratificação do ato jurídico anulável *(Bestãtigung)* como a renúncia *(Verzicht)* ao direito de impugnação (ou à ação de anulação), que punha em perigo os efeitos que o ato jurídico já havia produzido, caiu no grave erro de definir fato *do plano da existência* e *do plano da validade,* em termos de fato do *plano da eficácia.* A ratificação não é renúncia a direito; é ato que não retira, é ato que supre o que faltava, ou podia faltar ao ato jurídico anulável.

Por isso, vai à data do ato jurídico anulável, remonta ao tempo em que o suporte fático entrou no mundo jurídico, enche o défice, integra. Extingue a pretensão ou a ação de anulação: põe ato jurídico para suprir o defeito, ou possível defeito do suporte fático do ato jurídico que ela cura. Não é parte do ato jurídico anulável; é outro ato jurídico, que tem o efeito de integrar o suporte fático do ato jurídico a que se refere. Por isso mesmo, não está sujeito à regra jurídica sobre forma, a que estaria sujeito o ato jurídico ratificado. (No Código Civil argentino, art. 1.059, há a melhor definição de confirmação ou ratificação do ato jurídico inválido, que jamais escreveram legisladores, e honra a Vélez-Sarsfield: "La confirmación es ei acto jurídico por ei cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se haíla sujeto à una acción de nulidart.") 3. *Plano da existência e plano da validade.* Diz o art. 148, alínea la: "O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro." Na alínea 2ª: "A ratificação retroage à data do ato." Temos, ai, a afirmação de que, ratificando-se o ato jurídico anulável, se lhe vai ao suporte fático; não se alude a efeitos, — alude-se ao ato jurídico em si. Indo-se ao próprio ato jurídico, atingem-se o plano da existência e o plano da validade, razão por que a eficácia da ratificação é *ex tunc:* quando se vai ao plano da existência e ao plano da validade, toda irradiação de efeitos é *desde lá,* desde o ponto de espaço-tempo-energia a que se remontou. O legislador exprimiu isso, concisamente, com as expressões "retroage à data do ato".

No art. 149 acrescentou-se: "O ato de ratificação deve conter a substância da obrigação ratificada e a vontade expressa de ratificá-la."

(Com aquela independência de pensar e paixão da verdade, que o extremou entre os juristas do seu tempo, Teixeira de Freitas, *Esbôço,* art. 813, evitou dizer que ratificação, *confirmação,* érenúncia; disse que 551

ela cobre a anulabilidade e "contém virtualmente a renúncia de alegar ou demandar a nulidade, por via de ação, ou de exceção, ou por outro qualquer meio", o que passou, em parte, ao Código Civil argentino,

art.

1.058. Vélez-Sarsfield, à altura de o entender, glosou-o em nota ao art. 1.059: “La confirmación contiene virtualmente renuncia de la acción de nulidad; pero toda renuncia no constitue confirmación... la confirmación tiene sólo por objeto reparar los vicios dei acto à que se refiere”.) *4.Manifestação de vontade ratificante.* A ratificação é negócio jurídico, cujo supode fático se pode compor de declaração de vontade, ou por ato ou atos voluntários que impliquem vontade de ratificar o ato jurídico anulável. A manifestação de vontade não éreceptícia (excelente o Código Civil argentino, art. 1.064: “La confirmación, sea expresa ó tácita, no exige eI concurso de la parte a cuyo favor se hace”); nem é preciso que seja expressa (art. 150: “É escusada a ratificação expressa, quando a obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor, ciente do vício que a inquinava.”). O mesmo seria dizer-se: resulta do cumprimento da obrigação, ou seja total ou parcial, ou por pagamento, ou por outro qualquer meio (Teixeira de Freitas, *Esbôço,* art. 817; Código Civil argentino, art. 1.063, que fez bem em retirar a parte final do art. 817 do Esbôço, onde se disse que nada importaria que o adimplemento fosse sob protesto ou reserva de alegar a anulabilidade). A solução da dívida sob protesto, ou reserva, não é ratificação do ato anulável. Há toda a conveniência em que se não ponha àqueles que são tidos por devedores o dilema de pagar puramente, ou de não pagar: a solução sob protesto, ou com *reserva* unilateral, é instituto indispensável no trato da vida, se o devedor tem ação de nulidade ou de anulabilidade, ou *condictio.* Diga-se o mesmo do protesto, que evita atribuir-se à manifestação de vontade o conteúdo que se presumiria. Se o devedor não recebe o pagamento sob protesto, ou reserva, tem o credor de ir a juízo; e ai o devedor há de argúir a anulabilidade, sob pena de se ter como ratificado, tacitamente, o ato jurídico anulável.

Se o titular da ação de anulação aceita o adimplemento, ou se o exige, ou pede a reparação por falta de cumprimento, —judicial ou extrajudicialmente, — ou se aliena, grava ou consome o objeto que recebeu em virtude do ato jurídico anulável *(aliter,* se apenas toma medidas de conservação ou no interesse do outro figurante, a quem teria de restituir), há ratificação tácita do ato jurídico anulável. O perdão não contém ratificação: o que não énegócio jurídico não pode conter negócio jurídico, e a ratificação do ato jurídico anulável o é, ainda que não no seja o ato jurídico anulável que se ratifique. A remissão de dívida (arts. 1.053-1.055) é negócio jurídico, e contém ratificação.

Demandado o devedor, se se abstém de alegar a anulabilidade e pedir a anulação, entende-se que ratificou o ato jurídico anulável. Sob o Código de 1939, não havia, todavia, as preclusões dos arts. 294, 846 e 851,1V, do Código de Processo Civil, como não nas há sob o Código de 1973, arts. 329-330 e 513, 331 e 522. Só o trânsito em julgado da sentença, que decidiu quanto a efeitos, positivamente, caracteriza a ratificação do ato juridico anulável; salvo se, por exemplo, na reconvenção, perdas e danos com fundamento no ato, ou alegou, tiva, compensação.

5. *Ratificação tácita e conhecimento dos fatos causadores da anulabilidade.* Discute-se se, para que exista ratificação tácita do ato jurídico anulável, é preciso que o interessado conheça os fatos de que resultou a anulabilidade e entenda que tem a ação de anulação. Quanto à ratificação expressa do ato jurídico anulável, claro que se há de referir ao défice do suporte fático, tanto assim que, se há duas ou mais causas de anulabilidade, a ratificação por uma não implica a ratificação pelas outras. Se se trata de ratificação tácita do ato jurídico anulável, tem-se de levar em conta que o conteúdo ratificativo depende de atos, de atividade. Se se prova que o agente não sabia que o ato jurídico era anulável, não se lhe pode atribuir tê-lo ratificado. O

Código Civil, no art. 150, foi explícito: "... quando a obrigação foi cumprida em parte pelo devedor, ciente do vicio que a inquinava". Deve ler-se como se estivesse escrito: "ainda em parte". A ciência do vicio não estava apontada no Código Civil francês, art. 1.338 (a doutrina e a jurisprudência foram assentes, cf. E. Laurent, *Principes,* 18, 640 s.; Th. Huc, *Commentaire,* VIII, 344); e já assim era no velho direito luso-brasileiro.

Silvestre Gomes de Morais *(Tractatus* de *Executionibus,* V, 57) exigia a ciência; e Manuel Álvares Pêgas *(Resolutiones Forenses,* 1, 439) transcreveu razões de 1678 (questão entre os moradores da Vila de Fronteira, em Portugal, e o Marquês de Fronteira), em que alegou a falta de ciência como causa de insuficiência do suporte fático da ratificação: "é necessário ciência explícita do prejuizo , o que se ignora não se ratifica", "para se induzir ratificação não basta a ciência geral, mas é necessária, especialíssima, do ato, que se ratifica", "é necessário outrossim que tivesse noticia das nulidades, que competiam contra a declaração". Aliás, a ratificação mesma poderia ser anulável por erro, dolo ou violência; inclusive se tácita (Teixeira de Freitas, *Esbôço,* arts. 819 e 820). Ou por fraude contra credores; ou por incapacidade do agente. Ora, na ratificação tácita, uma vez que não se tem a "expressão" da ratificação por palavras, a verificação de que se errou,

ou se ratificou por violência, ou dolo, é revelação de vício: não tem, pois, razão A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teil,* 551

II, 320) em distinguir a ratificação expressa e a tácita, para dizer que essa não precisa ser eliminada pela anulação (no direito alemão, impugnação). Teixeira de Freitas *(Esbôço,* art. 820) estava certo: o agente, que, por exemplo, cumpriu a obrigação, tem de alegar e dar prova do erro, dolo ou violência.

A ratificação do ato jurídico anulável por ter havido coação somente vale se, ao tempo em que a pessoa ratifica, já cessou a coação.

Após a sentença que decretou, no último grau de jurisdição, a anulação, não mais cabe ratificação. A

"ratificação", que se fizer após isso, é sem objeto; se durante o processo da ação rescisória daquela sentença, há de entender-se renúncia à ação de rescisão.

A ratificação dos atos jurídicos e dos atos-fatos jurídicos (e.g., pagamentos), praticados pelo gestor de negócios, ou pelo mandatário sem poderes suficientes, nada tem com a ratificação a que se refere o art. 148. É

preciso não se confundir ato jurídico anulável com ato ou ato-fato jurídico de quem o praticou sem ser a pessoa que o podia praticar, o *dominus negotii.*

No direito brasileiro, não há a ratificação tácita do ato jurídico anulável (Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 5 de maio de 1945, OD 37/317), salvo por ato de adimplemento, total ou parcial. Os arts. 148-151

exaurem a disciplina da ratificação dos atos jurídicos anuláveis. A ratificação do ato jurídico ou dos atos-fatos jurídicos praticados pelo gestor de negócios ou pelo mandatário sem poderes pode ser tácita.

Enunciava L. Seuffert *(Die Lehre uon der Ratihabition,* 33) que, havendo prazo para a eficácia do ato jurídico, ou parte dela, a ratificação somente se pode dar se ainda não expirou o prazo. Por exemplo, se o vicio é na oferta de contrato, com prazo (K. Wohlwill, *Die Genehmigung,* 114 s.). Na L. 25, § 1, D., *ratam rem haberi et de*

ratibabitione, 46, 8, Africano falou do procurador que reclamou a divida de quem podia alegar prescrição e garantiu a ratificação; donde a questão: se o credor não o ratificasse, ~teria o devedor ação *(condictio)* contra o procurador, por ter cobrado divida prescrita? A solução afirmativa impõe-se. Mas nada tem o assunto com a tese de L. Seuffert. Na L. 71, § 1, D., *de solutionibus et liberationibus,* 46, 3, Celso põe o caso do fiador que pagou ao procurador do credor e o credor só ratificou o recebimento depois de passar o tempo para o fiador se liberar. Ai, a solução do texto é a favor da tese de L. Seuffert. Na L. 29, § 6, D., *mandati vel contra,* 17, 1, sim, dá-se-lhe a ação m *andati.* No fundo, a contradição entre Sabinianos (Africano) e Proculeianos (Celso): aqueles negavam a eficácia após o prazo; esses, não (E. Zimmermann, *Die Lebre von der stelluertretenden* negotiorum gestio, 265, 268 e 274). Os efeitos do ato do representante sem poder podem ser mantidos pela ratificação posterior a eles e aos prazos; se os efeitos do ato jurídico anulável produziram-se, a ratificação pode vir a qualquer tempo.

§ 421. Agente ratificante

1. *Faculdade* de *ratificar.* A faculdade de ratificar só pertence a quem é titular da ação de anulação (ou seu representante, em se tratando de absolutamente incapaz), se podia praticar o ato jurídico, que exsurgisse anulável, e de acordo com as exigências legais, se as há. O titular é o que praticou o ato jurídico anulável, ou o herdeiro ou outro sucessor. Quanto aos testamentos, a ação pertence aos interessados, em vez de ao testador: testador não pede anulação de testamento, nem disso precisaria, — revoga-o, inclusive fazendo outro; quem não tem ação de anulação não ratifica, — portanto testador não ratifica testamento anulável. Ratificação seria outro testamento (sem razão, H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* V, § 46,1V, 4; A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 11, 321; Er. Leonhard, *Erbrecht,* 233; certos, L. Enneccerus, III, 19ª-2V ed., 91; G. Planck, *Rommentar,* V, V ed., 363; E Herzfelder, Erbrecht, *J.* ix *Staudingers Kommentar,* V, 398; errado, o Código Civil argentino, art. 1.065).

2. *Pluralidade de titulares.* Se há mais de um titular da ação de anulação, quem pode exercer separadamente a sua pode separadamente ratificar o ato jurídico anulável.

3. *Atos jurídicos ratificáveis.* O relativamente incapaz pode ratificar, ao tornar-se capaz. Se cumpriu em parte, ou no todo, a obrigação, antes de atingir a capacidade, não há ratificação. Tratando-se de incapacidade 551

relativa, a ratificação somente é possível depois de desaparecer a incapacidade relativa. Tratando-se de incapacidade absoluta, não há ratificação possível, ainda sobrevindo a capacidade. De modo que os arts. 148-151 somente concernem às anulabilidades e, se a causa foi incapacidade relativa, após se tornar capaz aquele a favor de quem se deu a sanção de anulabilidade. Quem, relatividade incapaz, executa, ainda totalmente, a obrigação, a despeito da anulabilidade do ato jurídico, de modo nenhum sana; porque o incapaz não pode ratificar, como não poderia, validamente, praticar o ato jurídico. Se a ratificação foi expressa, é tão inválida quanto o ato jurídico que se pretendeu ratificar. Quanto aos atos anuláveis por erro, dolo, coação, ou simulação, a ratificação tem a conseqüência de extinguir a ação de anulação. Em se tratando de fraude contra credores, não há pensar-se em ratificação, — há, por parte do credor, renúncia à ação de anulação, porque não é figurante do ato jurídico.

§ 422. Eficácia da ratificação

1. *Retroeficácia.* Quanto à eficácia, a ratificação tem-na *ex tunc.* É nota característica. Se não se quis que a eficácia fosse a mesma, ter-se-ia querido outra coisa que ratificar. A eficácia da ratificação é só negativa da invalidade; porque o ato jurídico anulável produziu os seus efeitos, a ratificação nada *lhes* acrescenta. Quando o art. 148, alínea 2ª, diz que "a ratificação retroage à data do ato", não se refere aos efeitos do ato, porque esse, apenas anulável, os teve; refere-se ao efeito desinvalidante. *Erga omnes,* o ato jurídico deixou de ser inválido, suscetível de anulação, e deixou-o desde o começo. A negatividade da eficácia é que torna a ratificação tão parecida com a renúncia à ação anulatória, sem se identificar com ela (sem razão, além de A. von Tuhr, já criticado, Scheller, *Bedeu* tung *und Wirkung der Ratihabition,* 58, e Siegerist, *Lebre von der Ratihabition,* 98 a, que não viram ser negativo da invalidade o efeito, razão para não se poder dispensar o instituto). Acertado, Griesinger *(Zur Lebre von* der *Ratibabition,* 55) frisou a distinção entre renúncia à ação e ratificação, porque essa *nega* a ação, por seu efeito, ao passo que aquela a

extingue. Não é sem valor, teoricamente, embora não lho quisesse reconhecer C. Petersen *(Die Bestàtigung,* 65 s.).

2. *Validação* ab initio. O efeito da ratificação, pela obturação do défice do suporte fático, em que ela consiste, é a validação *ab initio:* o ato jurídico, pelo enchimento do que faltara ao suporte fático, para que o ato jurídico fosse válido, faz-se válido, ex *tunc.* A manifestação de vontade atinge aquela que se achava no suporte fático deficiente e, ao entrar no mundo jurídico, valida o ato jurídico anulável. Tudo mais é efeito do ato jurídico ratificado. A ratificação apenas o torna inatingível pela ação de anulação, que não mais existe. Os efeitos do ato jurídico anulável, antes e depois, são os mesmos, razão por que, em nenhum momento, o fiador, o dono da coisa dada em penhor, caução, hipoteca ou anticrese, pode opor-se a que qualquer devedor por ato jurídico anulável ratifique.

Ratificação de ato jurídico anulável não é renúncia. O art. 151 diz: "A ratificação expressa, ou a execução voluntária da obrigação anulável, nos termos dos arts. 148 a 150, importa renúncia a todas as ações, ou exceções, de que dispusesse contra o ato o devedor." Tal explicitação, oriunda do Código Civil francês, art.

1.338, alínea 3ª, é tautologia: decorre da definição mesma de ratificação de ato jurídico anulável. Mas, em técnica legislativa, aconselhável, para se evitar divergência na doutrina e na jurisprudéncia. Por exemplo: é de afastar-se considerar-se questão de interpretação se a ratificação contêm, ou não, renúncia à pretensão de indenização acessória, como faz L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 3Oª-34ª ed., 521 s.), e absurdo admitir-se pedido de indenização do interesse negativo (cedo, O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 264). O que persiste é a ação de indenização pelo delito; outrossim, persistem as ações que nascem do ato jurídico, válido ou não, como a de vício redibitório e a *quanti minoris* (arts. 1.101-1.106).

Se não se quis a validade desde o começo, não se quis ratificar; quis-se repetir o ato juridico.

§ 423. Prescrição das ações de anulação

1. *Interesse privado e anulabilidade.* O ato jurídico anulável produz todos os seus efeitos *(e.g.,* a tradição 551

transfere a propriedade mobiliária, o registro transfere a propriedade imobiliária). A sentença, que decreta a anulação, desfaz efeitos, ao passo que a sentença que decreta a nulidade nada encontra de efeitos que possa desfazer; desconstitui o ato jurídico, e nada mais. Por isso mesmo, quando a prescrição ocorre, a anulabilidade desaparece, — não porque a prescrição extinga a pretensão, mas porque a pessoa, a favor de quem se estabelece a regra jurídica de anulabilidade, deixou de pedir a anulação e nasce aos terceiros interessados o direito a considerar válido o ato jurídico (art. 161, *verbis* sem prejuízo de terceiro"). E um ponto, esse, que não tem sido estudado convenientemente, nos sistemas jurídicos que conservam o conceito de anulabilidade (em vez do conceito de impugnabilidade, a que correspondem prazos preclusivos, e não prescricionais). Há consequências do que dizemos sobre a anulabilidade: o prescribente pode renunciar à prescrição, mas o terceiro não pode sofrer dano com a renúncia; o interesse que se protege com a sanção de anulabilidade é privado, e não público, donde a ratificabilidade; a prescrição não opera como se o interessado houvesse ratificado o ato jurídico anulável, mas só o tutelado pela lei pode opor a exceção de prescrição e não pode renunciar a ela, prejudicando terceiro.

2. O *adágio* quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua. Na L. 5, § 6, D., *de dou mali et* metus *exceptione,* 44, 4, Paulo disse que a certo tempo acaba a ação de dolo, mas a exceção compete perpetuamente, pois o autor tem em seu poder escolher quando haja de exercer o seu direito, ao passo que aquele, contra quem se demanda, não tem em seu poder quando haja de ser demandado (haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, is autem cum quo agitur non habeat potestatem, quando conveniatur). Donde o adágio: "Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua." Nele implícita está interpretação errônea do texto de Paulo, que entende ser *baec* referente a *exceptio,* em gera!, e não só à exceção de dolo, de que estava a falar E interessante observar-se que o Código Civil italiano, art. 1.442, alínea 4t pôs em texto legal o adágio: "L‟annu!labilità puó essere opposta daíla parte convenuta per lesecuzione deI contratto, anche se ê prescritta lazione per farIa valere." Os inconvenientes práticos são enormes: o que teria a ação de anulação, por erro, violência, ou dolo, ou incapacidade legal, e não a exerceu no prazo prescricional, ainda pode, perpetuamente, alegar o vicio de vontade,

ou a incapacidade legal.

Não se precisaria, para se negar a permanência da exceção, negar-se que, com a prescrição, ficasse a obrigação natural «i. F. J.Sommer, *Rechtswissenschaftliche Abhandlungen,* 1, 6 s.). Nem se pode provar que, em direito romano, a toda ação prescrita sobrevivesse exceção. Nem há de ser necessariamente preclusivo o prazo para que a exceção não subsista (A. Grawein, *Verjàhrung und* gesetzliche *Befristung,* 140 s.). O

principio mesmo não existia, nem existe, no direito brasileiro. A prescrição da ação não destrói a pretensão, encobre-a; a ação é que, antes, poderia ser exercida, *ope exception is;* mas ai *exceptio* está em outro sentido (o que levou a muitos a pensarem em prescrição de exceções). Na L.5, § 6, D., *de dou mali* e *metus exceptione,* 44, 4, Paulo atendeu a que *haec exceptio* (a exceção de dolo) *perpetuo com petit* por que existe, ao lado da ação, e independente dela, para que não sofra o demandado o dano que nasceria de não poder executar, a ação de indenização.

3. *Renúncia* à *prescrição.* Se a ação de anulação prescreveu, so a renúncia à prescrição pode torná-la exercivel, inclusive pela não-oposição da exceção de prescrição. Não é a mesma coisa que existir, no sistema jurídico, prazo preclusivo, — razão por que é de toda relevância saber-se, de antemão, que o prazo do art. 178, § *9,* V, como outros prazos relativos à anulabilidade, é prescricional, e não preclusivo. O juiz não pode, sem provocação, pronunciar a anulação. Ainda naqueles casos em que pode haver exceção oponível *(exceptio doU, exceptio metus causa, exceptio simulation is),* nem tal exceção é sobrevivência da ação de anulação, nem corresponde, em extensão, a ela. Nem se diga que, com a prescrição, o ato juridico se torna eficaz; eficaz ele o era, e continua, apenas (o que H. Cremer, *Beschránkte Nichtigkeit,* 6, não viu) já *encobrível* pela exceção de prescrição que se oponha à ação de anulação (= no direito alemão, não mais exposto à impugnação o ato jurídico).

§ 424. Eficácia da sentença anulatória

1. *Eficácia constitutiva negativa.* A sentença, que se profere na ação de anulação, é de eficácia constitutiva negativa: desconstitui o anulável; após ela, não há o nulo, mas o nada, o inexistente. Por isso mesmo, com o trânsito em julgado, não há diferença entre o que se desconstituiu como nulo e o que se desconstituiu como anulável. A distinção somente tem sentido antes da decretação da anulação, em sentença trânsita em julgado.

2. *Restituição segundo* o *art. 158 do Código Civil.* "Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente" (art. 158). O

Código Civil brasileiro, art. 158, tem o mérito de se não referir a" "retroatividade", nem de lembrar a *in integrum restitutio.* De um lado e do outro, restabelece-se o anterior estado de coisas, isto é, o estado em que se achavam os bens da vida, num e noutro patrimônio. Não se leva em conta qualquer efeito do contrato ou negócio juridico unilateral anulado (e.g., a denúncia da locação, em cláusula contratual, a remissão de dívida, ou reconhecimento de direito do outro contraente, ou de terceiro), salvo se só houve anulação parcial que não atingiu o elemento a que o efeito corresponde. Voltam os créditos cedidos voltam à eficácia as dividas remitidas; as quantias pagas são restituidas. E tudo se passa como se não tivesse havido cessão de crédito, remissão de dívida, ou pagamento.

3. *Efeitos anteriores* à *anulação.* Enquanto não passa em julgado a sentença que anula, deve o que pelo ato jurídico se obrigou prestar o prometido, a fim de não incorrer em mora; porque, se a sentença favorável for reformada e trânsitar em julgado, os efeitos do ato jurídico hão de ficar intactos. Trânsita em julgado a sentença, não há mais obrigação de prestar, nem mora. Se o autor pôs a alternativa anular, ou, se o aceita o réu, ser obrigado a indenizar, tem-se como proposta a ação de anulação, e ofertada a transação. Se o fundamento é o dolo, tem o autor a ação de indenização, *e.g.,* por ocultação dolosa de qualidade (art. 159), que se não confunde com a ação de

abatimento em caso de vícios redibitórios (art. 1.101), ainda se a espécie é a do art.

1.103, 1ª parte *(verbis* "se o alienante conhecia o vício ou o defeito").

4. *Cumulação.* A ação de anulação por violência, ou dolo pode ser cumulada com a de erro. Idem, com as ações edilícias dos arts. 1.101-1.106.

5. *Transmissão da propriedade.* Se houve transmissão da propriedade de bem móvel, a anulação tem a eficácia de fazê-la voltar do adquirente ao transmitente ou a quem, no momento, seja o seu sucessor, sem ser preciso que se dê a retrotransmissão. Se a transmissão fora de bem imóvel, o conteúdo do livro de registro de imóveis evidencia-se *inexato* e tem de ser pedido o cancelamento, pois, sem isso, o registro continuaria a produzir efeitos (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 248-259). Se para a transmissão houve acordo, tem-se por anulado, com eficácia sentencial, constitutiva negativa, desde que ele foi feito, e a situação jurídica tal como era, — como se nenhuma transmissão tivesse havido. Ainda assim, é preciso ter-se em vista que a anulação do contrato de venda e compra e outros contratos consensuais não importa, necessariamente, na anulação do *negócio* de *adimplemento (Erfiillungsgeschàft).* Tal com-sorte ocorre quando os dois negócios jurídicos se concluiram juntos, num só ato de vontade, e a deficiência do suporte fático é comum (O.

Warneyer, *Kornmentar,* 1, 258). Por exemplo: *a)* se o contrato foi de venda e compra entre A e C, sem que A pudesse transmitir, por ter apenas précontrato quanto ao prédio vendido, ***e*** A propõe a anulação do contrato por dolo de C, a sentença não atinge o negócio jurídico entre A e C, posterior, em que A, sem abrir mão da ação pelo dolo, transmitiu a C o prédio; *b)* se A vendeu bem da mulher, que cria lhe seria vendido por ela, e essa venda, válida mas ineficaz, é anulada por defeito de forma, o negócio de transmissão postenor, formalmente válido, não é atingido pelo julgado. São negócios jurídicos juntos os de venda e compra e transmissão que se fazem na mesma escritura, dizendo-se "vende e transmite etc.". Aí, o contrato consensual e o negócio jurídico real estão sob o mesmo guante. Se o segundo ou posterior adquirente tem o bem imóvel, restitui o figurante-réu na ação o que corresponde ao imóvel, não o imóvel mesmo, que outrem já adquiriu conforme o registro.

6. *Consequências da anulação.* Com a anulação do negócio juridico, caem todos os direitos, pretensões, ações 551

e exceções acessórios, como o penhor, a hipoteca e a fiança (H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 200), ainda assim observado o art. 1.488; salvo se o fiador, ou o que deu o bem em garant ia se obrigou para o caso de anulação do negócio jurídico (G. Planck, *Kommentar,* 1, 375), o que se há de presumir, se, ao tempo da garantia, conhecia a anulabilidade (E. Riezler, *J. v. Staudingers Kommentar,* 7ª-8ª ed., 1, 548).

7. *Anulação* de *parte do ato jurídico.* Tal como acontece com o nulo, pode o anulável só concernir a *parte* do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto* sensu. O art. 153 refere-se assim ànulidade como à anulabilidade.

Inclusive quando há dois ou mais manifestantes de vontade. Se o negócio com muitos manifestantes de vontade foi concebido unitariamente, de modo que só o adimplemento por todos tenha caráter de adimplemento, a decretação da anulação — por dolo, por exemplo, de um dos vendedores —atinge todo o negócio (H. Leonhard, Der *Alígemeine Teil,* 450). Diga-se o mesmo quanto às manifestações ou comunicação de conhecimento e de sentimento.

Se há dois ou mais outorgantes e a alienação é nula, ou apenas anulável, quanto a algum deles, é preciso indagar-se, para se saber se incide ou não o art. 153, se a alienação foi feita por parte de cada um, ou se do negócio jurídico resulta que o negócio jurídico foi unitário (cp. 2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 1º de junho de 1943, *RT* 146/696); *e.g.,* se foi declarado que se comprava o prédio todo, e não as partes (A, E e C vendem o edifício tal, por *x;* e não: A vende um terço, por *x,* E, um sexto, por y, e C, três sextos, por z). Não há solução *a priori,* como pareceu à 1ª Câmara do Tribunal de Apelação da Paraíba, 27 de julho de 1943, 1W 58/80), para a questão da separabilidade; posto que, como o que mais acontece, seja de presumir-se que sejam separáveis as outorgas (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de março de 1944, RT

153/ 601). Nem se pode afirmar *a priori* que, nulo ou anulado o contrato, em virtude do qual se criaram e entregaram títulos cambiánios, ou cambiariformes, a nulidade ou anulação apanhe tais títulos. São eles títulos abstratos, de modo que somente entre pessoas

em contacto pode vir à tona o negócio jurídico subjacente, ou sobrejacente (sem razão, por demasiada generalidade, o acórdão da 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 6 de agosto de 1942, *RT* 140/164). A propósito do art. 153 discute-se se há presunção *iuris tantum* de não-ser separável a parte, ficando a quem sustenta a validade o ônus da prova de ser separável e, pois, incólume. A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 29 de julho de 1947 *(RJB* 82/20), afirma existir presunção *facti,* à diferença do § 139 do Código Civil alemão.

8. *Direito ao interesse negativo.* O que obtém a anulação do contrato por dolo, ou coação, tem direito ***ao***

interesse negativo, isto é, aos danos sofridos pelo ato da conclusão do contrato (= danos que *não* teria sofrido se o contrato não tivesse sido concluído). Por exemplo: despesas e selos do contrato; despesas que um dos contraentes fez com o adimplemento do contrato, ou com a aceitação da prestação; danos que sofreu com o adimplemento ou a aceitação da prestação; dano que um dos contraentes sofreu por ter confiado na validade do contrato e ter deixado, na ocasião, de concluir outro. Não há limitação ao que seria montante do interesse positivo (interesse de execução contratual ou Ver *tragserfúllungsinteresse):* o art. 158 fala de restituição.

São Paulo, 13 de junho de 1939, 121/178). O art. 158 concerne a quaisquer anulações inclusive em se tratando de anulabilidades por falta de assentimento do cônjuge. O que acima dissemos sobre a necessidade de se cumular ao pedido de anulação o de indenização não tem cabimento em se tratando de coação (art. 101, §§ 1ª

e 2ª), porque está implícito no pedido ou na decisão que atendeu ao fato de ter sido coator o figurante ou de ter tido ciência da coação posterior o figurante. Tratando-se de ato jurídico anulável por incapacidade relativa por idade do figurante, o outro figurante pode, em reconvenção, alegar o ato ilícito do relativamente incapaz (art.

156), ou, em defesa, o dolo do menor, relativamente incapaz (art. 155), havendo, no primeiro caso, condenabilidade à indenização pelo ato ilícito absoluto e podendo ocorrer, no segundo caso, propositura de ação de indenização, se não foi apresentada, também, reconvenção.

O art. 158 não incide em se tratando de nulidade e rescisões, razão

por que, decretada a nulidade da arrematação, da decisão de imissão, ou de outros atos processuais, ou a rescisão de sentença, a restituição é do que se transferiu invalidamente, ou por efeito de sentença rescindida, *mais as perdas* e *danos* (cedo, a 3ª

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de setembro de 1944, RT 154/653), De modo nenhum se há de invocar o art. 158 para as restituições em virtude de resolução de contrato bilateral (art. 1.092, parágrafo único; sem razão, o acórdão da 3ª Câmara do Tribuna! de Apelação de São Paulo, a 25 de abril de 1946, *RT*

163/724, que lamentavelmente confundiu resolução de contrato bilateral com anulação). Se o ato jurídico énulo, a decisão já pode *mandar* restituir, não só condenar a restituir. Idem, se foi declarado ineficaz o ato. Em ambas as espécies, não há, propriamente, condenação a restituir.

551

Alguns acórdãos esporádicos tentaram introduzir na restituição a que se refere o art. 158 a apuração da boa-fé, o que de modo nenhum está no nosso direito e somente poderia ter a conseqüência de eliminar, em matéria de restituição da posse, a responsabilidade em caso de deterioração ou perda da coisa e de determinar direitos a frutos, a benfeitorias, *ius toliendi* e direito de retenção. Não há a respeito de anulações *(a* fortiori, a respeito de nulidades), por incapacidade, proteção do figurante de boa-fé. Leituras apressadas são causadoras de tais asserções, que o sistema jurídico brasileiro repele (errado, e.g., o acórdão da 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 17 de junho de 1948, *J* 30/401). A restituição, por incidência do art. 158, écompleta, nada tendo com o assunto as regras jurídicas sobre posse, porque, anulado o ato jurídico, cujo derivou a posse, não há pensar-se em posse (certo, a 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de setembro de 1944, *RT* 154/658).

14. Actio iudicati. O art. 158 diz que, anulado o ato jurídico, se restituem as partes ao estado em que antes dele se achavam e, não sendo possível restitui-las, se indenizam com o equivalente. Pergunta-se: ~ã ação de anulação é cumulável a reivindicatória ou a de indenização, *ou* a sentença é dotada de eficácia executiva imediata, caso em que não se precisaria do mandado do art. 621, ou do art. 632,

ou do art. 652, do Código de Processo Civil (chamada “autonomia do juízo de anulação”), *ou* da sentença de anulação, de eficácia executiva mediata, apenas nasce ação *iudicati?*

No direito brasileiro, a ação de anulação não faz a posse do bem que foi alienado entrar no patrimônio do autor, ou do devedor, em se tratando de anulação por fraude contra credores, ou da massa. O que pode ser desconstituido pela sentença desconstituise, mas o processo de cancelamento depende de mandado, ou de pedido noutro juízo, conforme a espécie. A sentença contém elemento condenatório bastante para se registrar a hipoteca judiciária.

A ação de reivindicação somente nasce se o condenado a restituir não entrega a coisa. Tal ação não existe antes de se dar a anulação; portanto antes do trânsito em julgado da sentença constitutiva negativa, com eficácia condenatória a restituir. Não se pode pedir, desde logo, com a inicial da ação anulatória, a reivindicação, salvo para a eventualidade. O sistema jurídico brasileiro não estabeleceu, no art. 158 do Código Civil, cumulação sucessiva; nem essa se entende existir sem regra jurídica especial, que, na espécie, a crie. De modo que se tem de executar a sentença, de acordo com os arts. 621 s. do Código de Processo Civil.

Capítulo II

Anulabilidade por Incapacidade

§ 425. Quando se dá a anulabilidade por incapacidade

1. *Incapacidade relativa,* Diz-se relativa a incapacidade para atos jurídicos, ou para determinados atos jurídicos. Para o ato jurídico, é preciso a vontade do incapaz, de modo que o titular do pátrio poder, o tutor, ou o curador, assiste ao incapaz, não no representa. Em vez de ser nulo o ato juridico, como se o praticasse o absolutamente incapaz, apenas ocorre anulabilidade. Sabido que se trata de relativamente incapaz, é regra de método que se indague se, para o ato jurídico de que se trata, falta incapacidade. Porque há atos jurídicos que o relativamente incapaz pode praticar. O titular do pátrio poder, o tutor, ou o curador, apenas assiste. O ato de assistência, dito, aqui e ali, autorização, assentimento, anuência e consentimento, é negócio jurídico unilateral receptício (E. Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiu fúr die civilistische Praxis,* 99, 51), ainda que se trate de assentimento a ato jurídico *stricto sensu.* Ou se dirige ao outro figurante ou destinatário do ato jurídico do relativamente incapaz, dito, então, autorização externa, ou ao próprio incapaz, como autorização interna. Nb direito brasileiro, prova-se do mesmo modo que o ato jurídico do incapaz e há de constar, se *possível,* do próprio instmmento (diferente, o Código Civil alemão § 182, 2ª alínea). Convém separar os dois atos jurídicos, o ato jurídico, para cuja validade é de mister o ato juridico de assistência, ou assentimento, e o ato jurídico do assentinte, que é, sempre, negócio jurídico.

2. *Ato jurídico do relativamente incapaz.* Se o ato jurídico exige assistência de outrem, e tal assistência não ocorreu, ou não foi previamente autorizado o ato, dá-se a anulabilidade. Há prazo para o relativamente incapaz propor ação de anulação, que é o de quatro anos, contados do dia em que cesse a incapacidade (art. 178, § 9º, V, *c),* de modo que o tempo encobre a invalidade. O ato jurídico do relativamente incapaz também pode ser, *por outra causa,* nulo, ou

anulável, e o supeiveniente ato juridico da pessoa que teria de autorizar, ou a superveniência da capacidade de modo nenhum remove a nulidade ou a anulabilidade que não seja por invocação do art. 147,1 (incapacidade relativa do agente).

3.

Ato do que deve assistir. Se o ato jurídico é unilateral, as pessoas interessadas podem alegar a falta do assentimento, ou porque o relativamente incapaz não lhes haja apresentado o assentimento em forma devida, antes ou no momento de manifestar a vontade, ou não lhes tenha comunicado a própria pessoa que teria de assentir Se não se exige o assentimento, permanece a dúvida sobre ter havido, ou não, autorização e, pois, sobre a validade ou invalidade do ato juridico.

Enquanto não se perfaz o ato jurídico, o ato de assentimento é revogável, desde que se notifique o menor, ou o outro figurante. A eficácia da revogação depende de já se ter ou não vinculado o menor A notificação depois da vinculação é inoperante; se chegou ao outro figurante antes de lhe chegar o próprio assentimento, assentimento não há e o ato jurídico do relativamente incapaz, anteriormente estabelecido, é anulável, por falta de assentimento.

No assentimento ou negação de assentimento do titular do pátrio poder, do tutor ou do curador, não há somente manifestação de vontade, há apreciação, exame de circunstâncias. Se a resolução do titular do pátrio poder, do tutor ou do curador éarbitrária, o ato afasta-se da finalidade dos institutos (pátrio poder, tutela e curatela), que é o de proteção (H. Kistemaker, *Die Ceschãftsfdhigkeit Minderjdhriger,* 29). Não importa que o pátrio poder tenha sido diferentemente concebido em Roma, Daí poder o menor, relativamente incapaz, pedir ao juiz suprimento do assentimento, de modo que se dá reapreciação, agora pelo juiz, O assentimento pode

referir-se a um só ato jurídico, ou a grupos de atos jurídicos. Casos há em que se há de entender ter havido autorização geral, como se o menor abre casa de negócio, ou se é enviado a outra cidade, para estudos. E

questão de fato saber-se quais foram os atos autorizados. Também a autorização geral é revogável, ou por meio de comunicação de vontade ao relativamente incapaz, em se tratando de autorização

interna, ou aos interessados, se a autorização foi externa. De regra a autorização geral não abrange operações de crédito; exceções só se abrem quanto às operações usuais e dentro das necessidades e possibilidades do relativamente incapaz. O assentimento geral não compreende o assentimento para estar em juízo, salvo se é de entender-se que a autorização concernente ao ato de que se trata implica a de defender-se o incapaz, em juízo, ou de pleitear quanto a direitos a respeito dos quais está autorizado.

O ato jurídico para o qual era de mister o assentimento da pessoa relativamente incapaz, se foi praticado sem esse assentimento, é anulável. Se o relativamente incapaz se torna capaz, pode ratificá-lo. Se a pessoa que devia assentir e não assentiu quer, posteriormente ao ato jurídico, assentir, e assente, ainda que só o faça ao relativamente incapaz (assentimento interior), ou só ao outro figurante (assentimento exterior), a anulabilidade desaparece: o ato jurídico torna-se válido, com retroeficácia do assentimento. O direito de ratificação pelo relativamente incapaz transfere-se aos herdeiros, tratando-se de interesses herdáveis; o direito de assentir posteriormente transfere-se ao que sucede, no pátrio poder, na tutela, ou na curatela, ao que era titular do pátrio poder, tutela ou curatela. Todavia, se algo se exigiria a mais, ou se exige a mais (e.g., autorização judicial), ao ato do relativamente incapaz, devido à instituição (o sucessor é tutor, em vez de titular do pátrio poder), tem o que posteriormente assente de satisfazer a exigência legal.

O figurante de ato juridico em que figurou relativamente incapaz, ou o interessado, pode pedir a notificação de quem deveria ter assistido ao relativamente incapaz para que, dentro de prazo marcado pelo juiz, resolva assentir (posteriormente), ou não, ou declarar se já havia assentido (interiormente; ou exteriormente, ignorando o notificante). No direito brasileiro, tal notificação pode ser com a cominação de se ter por assentimento o silêncio do notificado. (Não se poderia impor dever de processar o assentimento ao relativamente incapaz.) Se o titular do pátrio poder, tutela ou curatela assentiu, tem de declará-lo ao ser notificado, dando prova do que alega, com os pressupostos materiais e formais. Se não no faz, apesar de haver assentido, e a cominação fora para se ter por negado o assentimento posterior, responde pelos danos.

4.

Atos jurídicos stricto sensu e negócios *jurídicos.* A capacidade é exigida para os negócios jurídicos e para os atos jurídicos em sentido estrito. Se esses consistem em manifestação de vontade, é indiscutível a exigência. Não assim quanto a atos fatos jurídicos, porque esses não supõem entrada do ato volitivo, como ato, no mundo jurídico. Quanto às comunicações de conhecimento, ou simples manifestações, podem ser atacadas por anuláveis, como se se tratasse de manifestações de vontade. Todavia, o relativamente incapaz pode dar aviso quanto a atos válidos, ou quanto a fatos, que sejam de seu interesse. Se há vinculação, em virtude da comunicação feita, é anulável. Por isso mesmo, o relativamente incapaz não pode, por meio de reconhecimento (art. 172, V), interromper a prescrição, mas o ato jurídico *stricto* sensu somente deixa de interromper a prescrição se, dentro do prazo dos quatros anos, foi anulado. Dá-se o mesmo quanto ao perdão e quaisquer outras manifestações de sentimento, que se possam considerar atos jurídicos *stricto* ***sensu.*** Em todo o caso, o cônjuge de incapacidade relativa pode perdoar ao outro cônjuge, porque para esse ato jurídico *stricto sensu* é capaz. Também o perdão da ingratidão do donatário é ato jurídico *stricto sensu* e cabe na lista daqueles para os quais o relativamente incapaz é capaz.

Também é preciso considerar-se que, para a recepção das manifestações de vontade e demais atos jurídicos, o relativamente incapaz precisa de assistente. Por exemplo; as intimações, notificações, reclamações, pedidos de aprovação ou eleição. Porém advirta-se em que a recepção é apenas atacável pela ação de anulação, à semelhança do que ocorre com os negócios jurídicos.

O Código Civil não fala de tal recepção, porém existe no sistema jurídico brasileiro a regra jurídica, não escrita, segunda a qual *a manifestação de vontade, ou de conhecimento, ou de sentimento, feita ao relativamente incapaz,* é *atacável por anulável.* Se da recepção lhe resultou proveito, falta interesse legítimo ao titular do pátrio poder, ao tutor, ou ao curador, para pleitear a anulação. Noutros sistemas jurídicos, nega-se eficácia à manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, recebida pelo relativamente incapaz.

Porém essa não é a melhor solução técnica, nem se coaduna com o sistema do direito privado brasileiro.

5. *Curador estatal.* Sempre que, além da assistência do titular do pátrio poder, ou do tutor, ou do curador, a lei exige a assistência de curador de incapazes, o ato jurídico é anulável, se bem que o incapaz tenha sido assistido pelo titular do pátrio poder, tutor ou curador.

Se o negócio jurídico é bilateral e o menor, relativamente incapaz, figurante, sendo outro figurante a pessoa que deveria assistir ao ato (e.g., o pai, titular do pátrio poder, Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 10 de maio de 1944, *RT* 153/260), tacitamente foi assistido o menor.

A falta de assistência do curador oficial em processo é causa de nulidade, e não de anulação.

§ 426. Relativamente incapaz e malícia

1.O *art. 155 do Código Civil.* Diz o art. 155: "O menos entre dezesseis e vinte e um anos, não pode, para se eximir de uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior" Tem-se de discutir se se trata *a)* de regra jurídica sobre capacidade, *b)* de *exceptio doli* ou *c)* de entrada da comunicação de conhecimento ("sou maior", ou "quero que se me creia maior") no mundo jurídico, produzindo o efeito do art. 155. No direito romano (L. 2, C., si *rninor se maiorem dixerit vel probatus fuerit,* 2, 43), foi dito: "Se o que agora afirma que émenor te engana com a falaz mentira da sua maioridade, não deve ser restituído in *integrum,* segundo as justas leis, pois as leis públicas favorecem os menores que erram, não, porém, os que enganam." Essa regra jurídica do século III (287), foi, no que era exceção legal à restituição, recebida pelo direito luso-brasileiro (Ordenações Pilipinas, Livro III, Título 41, § 7; Teixeira de Freitas, *Consolidação,* nota 17 ao art. 13). No § 109, alínea 1ª, o Código Civil alemão adota a revogabilidade, pelo outro figurante, se o contrato ainda não foi ratificado pelo menor, salvo se (alínea 2ª) ele conhecia a menoridade e o menor havia, falsamente, dito que tinha o assentimento do titular do pátrio poder, ou do tutor. No art. 411, alínea 2ª, o Código Civil suíço faz o menor responsável pelo interesse negativo, tendo os intérpretes visto no ato do menor ato ilícito absoluto, portanto uma das espécies de *c).* Cf. J. Kaufmann, em M. Gmtir *(Kommentar,* 11, *3,* 332), que

reputa supérfluo o art. 411, alínea 2ª, sobre a 551

distinção entre a ação do art. 411, alínea 2t e a de enriquecimento indevido, que é a ação única contra o menor absolutamente incapaz (cp. C. Melliger, *Culpa* in *contrahendo,* 68, e E. Rabel, Vedrauensschaden im schweizerischen Recht, *Zeitschrift fúr Schweizerisches Recht,* 27, 291 s.).

O relativamente incapaz que, inquirido pelo outro contraente, ocultou a idade, dolosamente, ou, no ato de se obrigar, se declarou maior, não pode alegar a anulabilidade. Certa jurisprudência pretendeu estender a regra jurídica do art. 155 à mulher, que oculta a existência de sociedade conjugal, ou se diz, sem no ser, solteira, ou separada judicialmente (5ª Câmara dc Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de outubro de 1948, *RT* 178/738; 1C Câmara, 28 de março de 1950, 186, 816), porém a mulher não é incapaz e responde pelo ato ilícito absoluto, com fundamento no art. 159 (cf. art. 263, VI), sem que se possa, com a cavilosa e incabível analogia do art. 155, tornar letra morta o art. 242, que é cogente e independe do regime matrimonial de bens. Estendido à mulher casada o art. 155, ter-se-ia de estender ao marido, e estaria violado o art. 235. Pode ela, também, responder pelo interesse negativo.

O art. 155 só se refere ao relativamente incapaz por idade; não se refere aos pródigos, nem aos silvicolas, nem aos toxicômanos e intoxicados relativamente incapazes; porque a incidência quanto a eles excluiria a finalidade politica das regras jurídicas sobre tais incapacidades. Não pode, de modo nenhum, estender-se ao menor de dezesseis anos (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de março de 1939, RT

120/197). Não basta que oculte a idade, sem ser inquirido, e o que assina atos constitutivos de sociedade, dizendo-se maior, espontaneamente se declarou maior (2ª Câmara, 31 de outubro de 1938, 117/565).

O art. 155 não incide em matéria de casamento (1ª Câmara, 28 de julho de 1941, 133/190). A verdadeira interpretação do art. 155 é a seguinte: não há anulabilidade se o menor, maior de dezesseis anos, ocultou de má-fé a idade; ou se espontaneamente se declarou maior. Portanto entram na espécie o caso do que cria ser maior, o do que pensava ter obtido suplemento de idade e o do que pilheriou.

2.

Atos jurídicos por intermédio de representante. E evidente que não incide o art. 155 se o ato jurídico foi concluído por meio de procurador que declarou ser maior o relativamente incapaz, ou se o relativamente incapaz constava com idade errada em juízo de inventário, ou alvará. Aí responde o procurador pelo interesse negativo. Todavia, se o procurador alega e prova que a ele o menor se dizia maior, inquirido ou não, o art. 155

é que incide.

Capítulo III

Anulabilidade por Falta de Assentimento de Outrem

§ 427. Natureza do ato de assentimento de outrem

1. *Ato de assentir.* O assentimento de outrem, sem o qual o ato jurídico *stricto sensu* ou o negócio jurídico é anulável, tem a mesma natureza do assentimento sem cuja dação não existe, ou do assentimento sem cuja dação é nulo ou é ineficaz o ato jurídico. A diferença é apenas quanto à sanção que a técnica legislativa adotou para a falta do assentimento. Ou se diz que, sem ele, não entra no mundo jurídico o ato jurídico, ou se diz que entra mas é nulo, ou que entra mas é anulável, ou que entra e é válido, mas ineficaz. O ato jurídico do marido, para o qual se exige o assentimento da mulher, ou o da mulher, para o qual se exige o assentimento do marido, é anulável, se falta tal assentimento (arts. 235-239, 242, 252 e 253), mas o ato de alienação, incluido o contrato consensual de venda e compra, praticado pelo ascendente a favor de descendente, ou descendentes, é nulo, e não só anulável (art. 1.132, *verbis* "não podem vender"). Se a lei não estabeleceu a sanção de inexistência (pré-exclusão), ou a de nulidade, ou a de ineficácia, entende-se que a sanção é a da anulabilidade, se bem que, ao enumerar os atos jurídicos anuláveis, o art. 147 não tenha cogitado dos atos jurídicos para os quais é indispensável o assentimento de outrem, sem se tratar de assistência ao incapaz.

Por método, sempre que se tem de examinar algum caso de

assentimento exigido, é aconselhável classificar-se a sanção, depois de se saber qual a espécie de assentimento de que se trata e a qual ou a quais atos jurídicos é de juntar-se. Praticamente, primeiro apresenta-se o ato jurídico, depois se descobre que o assentimento de outrem é exigido e, finalmente, qual a espécie de assentimento e qual a sanção.

Os negócios jurídicos e os atos jurídicos stricto *sensu,* que precisam de assentimento, são de diferentes 551

espécies (cf. tabelas de Fritz Kaufmann, *Zustimungsbedúrftige Rechtsgeschàfte,* 1 s.).

Adiantaria pouco miudeá-los, porque as classes são muitas, e as sanções ora a nulidade, ora a anulabilidade, ora a ineficácia. E assunto para se tratar em cada momento que surge. Em qualquer deles, a manifestação de vontade é receptícia.

2. *Espécies de assentimento.* O assentimento do titular do pátrio poder, do tutor ou do curador, em se tratando de relativamente incapaz, é assentimento *assistencial,* que se distingue do assentimento conjugal, que é resguardauvo (dos interesses do marido ou dos interesses da mulher quanto à comunhão existente ou eventual). Há outros assentimentos resguardativos, sem ser o conjugal. Se o assentimento, em vez de ser contemporâneo, ou prévio, é posterior, e a sua falta somente causou anulabilidade, dá-se desinvalidação: o ato jurídico, que era anulável, torna-se válido (eficaz já o era), e não se deve, ai, falar de ratificação, porque não há mais do que assentimento posterior. A eficácia desinvalidante é ex *tunc,* como seria a ratificação pelo que precisava ter o assentimento de outrem, se tal exigência legal houvesse cessado. Ainda se houve mudança da pessoa do que tem de assentir. Se essa se torna incapaz, o assentimento é pelo curador ou pelo juiz, conforme a espécie (cf. K. Wohlwill, *Die Genel-imigung,* 30 s.). A mulher casada, que passa à direção do casal, por se ter tornado incapaz o marido (art. 251, III), precisa de autorização judicial, ainda que se trate de imóveis particulares (art. 242,11 e III, e 245, 1). Dá-se o mesmo quanto aos bens imóveis particulares do marido (art.

235, 1 e 11), se a mulher está interdita.

A 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 8 de dezembro de 1943 *(RT* 148/634), disse ser válido o pré-contrato de venda e compra de imóvel, pelo cônjuge, dono dele, sem o assentimento do outro (in

casu, a mulher). Está certo: o pré-contrato é obrigacional, consensual; mas a eficácia de tal pré-contrato, ainda que consiga registro, é relativa: a mulher pode ir contra a ação executiva do Código de Processo Civil, art. 639, mesmo porque, se ao pré-contrato falta pressuposto de validade do definitivo, o juiz não pode, desde logo, assinar prazo ao promitente para executar a obrigação de dispor do imóvel (art. 641). A ação do pré-contrato teria de ser a do art. 639, porém a sentença não poderia ser a de execução (cp. art. 235, III). O marido ou a mulher não poderia pleitear. acerca de bens imóveis, sem o assentimento do outro cônjuge rart. 235, II), o que já dificultaria, de inicio, pensar-se em execução do pré-contrato segundo o art. 639. Se o cônjuge comparece e não alega a falta de assentimento, anui. Se alega, a condenação tem de ser a indenização se não pode prestar a declaração de vontade prometida, de modo eficaz (isto é, com o assentimento do outro cônjuge).

Diferente é o que se passa se o bem é do casal, e o cônjuge assinou pré-contrato como se fora seu, porque ai o que assinou responde pela chamada *culpa* in *contrahendo,* ou pelo ato ilícito; mas o bem não pode ser objeto de execução do pré-contrato: o outro cônjuge não consentiu. Também o pré-contrato de somente metade (ideal) é nulo, porque a parte ideal dos cônjuges é inalienável sem a outra metade. Se há decretação de invalidade, incide o art. 255.

§ 428. Assentimento e consentimento

1. *Assentir* e consentir. É preciso que se não confundam assentir — assistencial ou resguardativamente — e consentir. Os condôminos consentem na venda do bem em condomínio; se a coisa é indivisível, e um dos condôminos vende a sua parte indivisa (art. 623, III), assinando o ato os outros condôminos, há assentimento e não consentimento (cp. art. 1.139). A venda, sem tal assentimento, que importa em renúncia ao direito de opção tanto por tanto, éineficaz durante o lapso dos seis meses (art. 1.139).

2.Assentimento *resguardativo e* consentimento. O cônjuge não pode alicnar bens imóveis comuns sem que ambos figurem no ato como outorgantes; nem pode alienar os bens imóveis particulares, sem que o

outro assinta. Ali, não é de assentimento que se precisa; mas de consentimento. Se o marido ou a mulher aliena bem imóvel próprio, sem que o outro cônjuge assinta, é anulável a alienação; se aliena bem comum, é ineficaz a alienação, mesmo porque a alienação da metade ideal do outro cônjuge não poderia entrar no mundo jurídico como ato jurídico do dono de tal metade. A alienação do bem imóvel próprio do outro cônjuge é alienação de coisa alheia, e rege-se pelos princípios concernentes a tais atos jurídicos. O contrato consensual (de venda e compra, por exemplo) entraria no mundo jurídico, mas ineficazmente quanto àtransferência (efeito real).

Todavia, pode ser invocado o ad, 242, IV, se o ato anulável foi praticado pela mulher; ou alegada pela mulher a fraude à lei.

551

§ 429. Eficácia da sentença anulatória

1. *Assentimento resguardativo* e *anulaçáo do ato jurídico.* A sentença, se a sanção, para a falta do assentimento, é a anulabilidade, desconstitui o ato jurídico. O demandado responde pelo interesse negativo, se se trata de anulação de ato jurídico em que confiou o figurante; bem assim pelo enriquecimento injustifiéado a si, ao que deveria assistir ou a ambos (e.g., art. 255). Se não tem bens que bastem e se trata de comunhão, aos terceiros de boa-fé tem a comunhão de responder pelo enriquecimento injustificado (e.g., art. 255, parágrafo único).

2. *Eficácia quanto a terceiros*. Se o terceiro adquiriu, portanto segundo as regras jurídicas de direito das coisas civil, comercial, ou administrativo, a propriedade, como se tratara de boa-fé com o que precisava do assentimento, que faltou, ou se é o segundo ou posterior adquirente segundo o registro de imóveis, não há reivindicação; a ação pode ser a de restituição contra o alienante e cabe invocar o art. 158.

Capítulo IV

Erro

§ 430. Conceito de erro

1. *Verdade, falsidade* e *erro.* Se o que o figurante do ato jurídico tinha por verdadeiro não no é, dá-se o erro. Se o que ele tinha por verdadeiro era algo de preciso, fácil é dar-se por errado o que ele tinha por verdadeiro; menos fácil, se ambíguo ou equívoco o que lhe parecia enunciado verdadeiro. Rigorosamente, só os enunciados precisos são suscetíveis dos *valores de* verdade, discriminada e exclusivamente. Por outro lado, para que o enunciado, que se tinha por verdadeiro, seja tido por falso, é necessário que o enunciado, que o contradiga, seja preciso e verdadeiro. Não basta ser possível, nem, sequer, ser muito provável.

Nas fontes romanas, *sentire,* combinado com o con (R. Leonhard, *Der Irrturn* bei nichtigen *Vertragen,* 1, 11

s.; cp. H. Fritsche, *Untersuchung,* 36 e 101), exprime ter-se manifestado acordo, o que é mais do que coincidirem dois assentimentos. Dissente-se também por coincidência a de *aliqua re* (cp. Gaio, 1, 7). À teoria do erro interessa a discordância onde fora de esperar, pela manifestação de acordo, a inteira concordância.

Ulpiano, na L. 116, § 2, D., *de* diversis *requ lis* iuris *antiqui,* 50, 17, disse: "Non videntur qui errant consentire." O erro, para o direito romano, implicava falta dc consentimento. Quem erradamente quis não quis (cf. L. 15, D., de furisdictione, *2,* 1): "Errantis nuíla est voluntas" (L. 20, D., de *aqua* et *aquae pluviae arcendae,* 39, 3; L. 8, C., de iuris et *facti* ignorantia, 1, 18). *Nifila,* isto é, segundo o significado romano, inexistente, nenhuma. "Errantis nuílum habeat consensum" (L. 23, C., de *locato* et conducto, 4, 65). Na L. 9, C., de *ivris* et *facti ignorantia,* 1,18, insistiu-se. Não há pensar-se, ai, em ato jurídico; alude-se a suporte fático (cf. Justus Mejerus, *Coliegium Arqentoratense,* 1, 999), como quando se dizia "Furiosi nuila voluntas est". O

que, para o direito romano, seria não-existente, *nullus,* passou a ser, no direito brasileiro, *defeito* ou *vício* de vontade, — ali, respeito ao erro,

causa de anulabilidade, *e* aqui, quanto *à* loucura, causa de nulidade, no sentido contemporâneo. Grande mal resultou de se exporem os princípios do direito romano com os conceitos de hoje; maior ainda, de se expor o direito de hoje com os conceitos romanos. A *voluntos errantis e a furiosi voluntcis* entram, com o resto do suporte fático, nos sistemas jurídicos do nosso tempo, e causam invalidada O

erro, escrevia Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado de Direito* enfitêutico, 1, 36), torna inválido o consentimento: "Não há consentimento válido, se o consentimento tem sido dado por erro, ou extorquido por violência, ou surpreendido por dolo." Livramo-nos, assim, do influxo do direito comum, e antes do Código 551

Civil alemão, que a isso chegou, imperfeitamente, após grandes pelejas. Quem manifestou vontade, erradamente, quis, e tem de alegar o vicio, não a falta de *consensus,* ou de sensus (nos atos jurídicos unilaterais). Vontade houve, e entrou no mundo juridico o suporte fálico. No direito romano, não entraria.

Cedo, a "manifestação" da vontade é o meio para se conhecer a vontade; sem ela, a vontade não faz parte do suporte tático do ato jurídico (Paulo, L. 3, D., *de rebus* dubjis, 34, 5). Nem o que se quis, sem se manifestar, entra no suporte fático. Mas o que se manifestou erradamente entra e apenas causa anulabilidade.

Passou-se, quanto à segunda proposição, da afirmação de inexistência *(Errantis voluntos* non est), segundo o direito romano, àafirmação de nulidade (L. Scheiff, Die *Divergenz zwischen WilIe ind Erklàrung,* 8; idem W.

Stephany, Die *Bedeutung* des *Willens* ***hei*** *Rechtsgeschàften,* 2), que ainda se mantém em alguns sistemas juridicos, e, finalmente, à afirmação de simples anulabilidade (Código Civil, art. 86).

2. *Erro invalidante.* O erro, de que cogitam os arts. 86-91, é o erro *invalidante,* isto é, o erro, que, ocorrendo no suporte fático do ato jurídico, faz anulável a esse. Portanto, nem todos os erros.O primeiro pressuposto é o de que se trate de suporte fático em que haja *manifestação de* vontade. O erro em enunciados de fato, que nºo sejam na manifestação de vontade, não basta a invalidar. Segundo, é de mister que alguém, manifestando a vontade, se haja baseado em algo que não correspondia aos fatos, de modo que se dê a divergência, entre a manifestação de vontade, e a vontade, que se havia de

manifestar, e não entre a vontade manifestada e o que ela *supôs.* Aqui, têm-se de distinguir os erros na manifestação de vontade *e* os erros nos motivos. A técnica legislativa chegou a tal distinção para salvaguardar interesses do tráfico e atender a que o direito rege relações *inter-humanos.* A manifestação de vontade, em que a vontade se expressou, é que há de estar errada, para que haja a anulabilidade. Se algum fato, ou circunstancia, pesou, para que se quisesse, foi motivo, talvez falso, talvez verdadeirc. Somente há erro na manifestação de vontade se algo se expressou que, se fosse verdadeiro, satisfaria ao manifestante, mas, also põe à mostra a divergÉncia entre o que se tinha por verdadeiro *(e era falso),* atendido na vontade do manifestante, e a manifestação de vontade. Ou o erro é quanto ao conteúdo do ato jurdico (arts. 86-88), ou está na transmissão da manifestação de vontade (art. 89). Na segunda espécie, o manifestante quis o qw se expressou e quis a manifestação; o erro é na transmissão lessa.

Quando se tem de proteger a generalidade, o *alter,* os que estão de boa-fé, afasta-se, em *Iex specialis,* a alegabilidade do erro. Então, o erro nãc vicia. Tal como acontece em relação aos possuidores de boa-fé, em se tratando de letras de câmbio, notas promissárias, duplicatas mercantis, cheques e títulos ao portador. Diz-se, a respeito, que a teoria da declaração passa, ai, à frente da teoria da vontade (Fr. Mommsen, *Erõrterungen,* II, 94; C. C. Bruns, *Kleínere Schriften,* II, 474; W. Stepbany, *Die Bedeutung des Willens bel Recht~geschàften,* 14). Mas o fato está na pré-exclusão da aiegabilidade dos vícios, dentre os quais está o erro, e a teoria apenas interpreta o que ocorre.

3. *Erro e interpretação.* No erro, o manifestante atribui à manifestação de vontade, ou a sua própria atitude, significado diverso daquele que lá está, se a manifestação de vontade tivesse de ser considerada sem essa atribuição. Porque há o erro, nem o que um figurante entendeu é o mesmo que o outro entendera, nem se poderia interpretar diversamente o ato jurídico, porque a exata interpretação, sem se dar conta do erro, seria outra. O ato jurídico corretamente interpretado não mostraria o erro, porque até ai não vai a investigação da intenção (art. 85). Donde ser falso o dizer-se que a declaração do erro, o enunciado claro de que ele existe, seja corolário da boa ou reta interpretação do ato jurídico (sem razão, E. Betti, *Teoria Generale dei Negozio qiuridico,* 264). A interpretação nunca chegaria até lá; por isso mesmo, para se eliminar o erro, se tem de *desconstituir* o ato jurídico. É tão irremediável a situação que o erro invalidante estabelece, e tão

importante, a despeito do manifestado, que se anula o ato jurídico. A vontade que houve foi viciada. A causa psicológica do erro pode ter sido distração, insuficiente atenção, ignorância do alcance da categoria jurídica, equivoco.

4. *Erro e elementos conceptuais a serem afastados*. Ou (a) o manifestante da vontade quis o contexto, a externidade da manifestação de vontade, inclusive o gesto, mas, mediante ela, quis exprimir outra vontade; ou *(b)* quis outra exterioridade, outro contexto da manifestação de vontade, e equivocou-se. Numa e noutra espécie, o erro está no *manifestar.* Ou (c) todo erro consistiu na transmissão da manifestação de vontade por outra pessoa, ou por instrumento, inclusive o núncio. O erro é, então, no *transmitir.*

No art. 86, diz o Código Civil: "São anuláveis os atos jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem 551

de erro substancial." Todas as espécies aí estão. No art. 87 tratou das duas primeiras: "Considera-se erro substancial o que interessa à natureza do ato, o objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais." Para incluir os erros sobre qualidades essenciais da pessoa, o art. 88 acrescentou: "Tem-se igualmente por erro substancial o que disser respeito a qualidades essenciais da pessoa, a quem se refira a declaração de vontade." O art. 89 tratou da espécie (c): "A transmissão errônea da vontade por instrumento, ou por interposta pessoa, pode arguir-se de nulidade nos mesmos casos em que a declaração direta." (a) Tem-se procurado aludir à inteligência comum (2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de outubro de 1946, *RT* 166/268), à observação do homem sensato (6ª Câmara, 21 de janeiro de 1949, *RT*

179/263, com solução diferente desse fundamento). Não há ponto de referência, porque a inteligência e cultura são fatores individuais, que, pequenos ou grandes, apenas se levam em conta na apreciação do erro, sem se estar a buscar o homem normal, o homem ccrnum, o abstrato homem que seria o exposto ao erro.

(b) Também é preciso não se introduzir na teoria da anulabilidade por erro investigação de culpa. Se o erro foi essencial, não há inquirir-se de ter sido culpado em errar o figurante, ou em ser escusável, ou não, o erro. Tudo isso é completamente estranho ao direito brasileiro, e afastou-se dos principios o Supremo Tribunal Federal, a 8 de junho de 1938 *(RT* 119/829), ao aventurar que, "qualquer que seja a natureza

do erro, o declarante não poderá invocá-lo se foi devido a culpa sua (?!) que o ato se verificou". Quem erra não tem culpa de errar, ou teve culpa em admitir o ato jurídico e, então, não errou; o que assina documento, sem no ler, não errou, porque não há divergência entre o que *quis* e o que *quereria,* se conhecesse o conteúdo — quis sem conhecer o conteúdo e se pôs em situação de não poder invocar o erro.

5. *Primeiro, interpreta-se* o ato *jurídico.* Para se saber se há erro, é preciso que se conheça a manifestação de vontade, segundo o método de interpretação dos atos juridicos. Se da interpretação resulta que o manifestante não quis o que manifestou, manifestação de vontade não houve; o suporte fático não poderia ter entrado no mundo jurídico. Ora, para que se possa pensar em erro invalidante, é preciso que o ato haja entrado no mundo jurídico. Toda explicitude é de mister para que se saiba se *há* e *onde há* erro na manifestação de vontade.

Sabido que há erro, tem-se de verificar da sua relevância para viciar o ato jurídico.

Primeiramente, é de advertir-se em que há de concernir ao conteúdo da manifestação de vontade ou a sua transmissão.

A manifestação tácita de vontade é mais difícil de provar-se que a manifestação expressa. As manifestações tácitas podem ter sido com a intenção de permanecerem secretas; porém esse elemento a mais de maneira nenhuma obsta à sua entrada no mundo jurídico. Pode-se derrelinqoir, ocultamente. O herdeiro, que consome os bens da herança, ou os doa, sabendo que são da herança, aceitou, tacitamente, a herança (art.

1.581, 1ª parte, e § 1ª). Há revogação de testamento se o testador, em segredo, o destrói, ainda que dê a entender aos outros que o não revogou. As manifestações de vontade podem ser tácitas ou por atos físicos (fisico-psíquicos), materiais ou por palavras *(e.g.,* "guardo a coisa", pode significar compra, locação, ou doação; não houve manifestação expressa, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* II, 418). Quando o credor, nas obrigações alternativas *(a* ou *b),* reclama *a,* opta. Se o destinatário da oferta não responde no prazo, sendo o caso de aceitação não-recepticia e havendo dever de responder, aceita. Se o credor recebe juros antecipados que vão além do prazo do contrato, concedeu novo prazo (L. 57, D., *de pactis,* 2, 14: "Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus

sortem petat"). Atos bastam para manifestação de vontade (atos concludentes). Pense-se no automático de venda, em que alguém põe as moedas. Pense-se na devolução do titulo da dívida (art. 1.053).

Se a manifestação tácita de vontade tem de ser recebida, e receptícia; e rege-se pelos mesmos princípios que as manifestações expressas recepticias. Se não-receptícia, pelos principios que regem as manifestações expressas não-receptícias. As regras juridicas sobre nulidade e anulabilidade são as mesmas. Quanto às manifestações de vontade pelo silêncio, não é verdade que todas não sejam declaradas. Se A, presidindo reunião, diz que os que aceitarem a oferta queiram conservar-se sentados, há declaração de vontade pelo silêncio. Se A diz "queiram dizer não" os que não aceitaram a oferta, há declaração de aceitação pelo silêncio. É de advertir-se em que o principio canônico *Qui tacet* consentire *videtur* não entrou no sistema jurídico brasileiro, porque somente é verdadeiro se a pessoa, que cala, poderia falar e *deveria falar (ubi loqui potuit et debuit).* Tem-se de verificar, antes, se há tal dever, por lei ou por eficácia de relação entre pessoas, A regra éque o silêncio do destinatário não significa aceitação. Se, in casu, há de significar é outra questão. Se cabe manifestação tácita,
551

pode haver eito.

Expressa, ou tácita, a manifestação de vontade tem de ser interpretada. Há toda a escala entre a interpretação fácil e sem dúvidas (clareza) e a interpretação difícil e com dúvidas, sem se falar na impossibilidade de interpretação, que torna invencível o obstáculo. Aqui e ali, as leis dão regras jurídicas interpretativas (na dúvida entre a e *b,* ou a, *b* e x, entende-se *a);* algumas vezes, dão a certos atos, positivos ou negativos, o sentido de determinada manifestação de vontade *(e.g.,* se, findo o prazo, diz o art. 1.195, o locatário continua na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, prorroga-se a locação). Não há presunção; há regra jurídica dispositiva. O depósito é gratuito, salvo estipulação em contrário (art. 1.265, parágrafo único). Pode dar-se que a regra juridica seja cogente. Em todas essas espécies, não há ficção legal; há apreciação, pela lei, do significado dos atos positivos ou negativos como manifestação de vontade. A diferença é assaz relevante, para se assentar que são necessários os requisitos de validade e de eficácia. Não há a anulabilidade por erro, porque a lei toma o *exterior* por verdadeira manifestação de vontade. Assim a manifestação de vontade a que se refere o art. 1.195 (A. Manigk, Willenserklárung *und Willensgeschàft,* 118 e 230; A. Jacobsohn, Die

Anfechtung stillschweigender Willenserklãrungen wegen lrrtums, *Jherings Jahrbücher,* 56, 369 5.; sem razão, E. Danz, *Die Auslegung der Rech tsgeschàf te,* 140).

Quando a lei estabelece que certa atitude pré-exclui a manifestação de vontade, de conhecimento, ou de sentimento, não há manifestação que se preste a compor suporte fático de ato jurídico; apenas a lei marca que a atitude não deixou que qualquer manifestação se produzisse. E o que se passa com quem perde prazo em que poderia ter falado; ou com quem não exige dentro do prazo, findo o qual a pretensão prescreve, porque tal inércia entra no mundo jurídico, sem ser como suporte fático de negócio jurídico. Se o que deixou de praticar o ato é incapaz não importa, porque a perda do prazo ou a prescrição ocorreu, exceto se a lei não deixou correr o prazo, o que é outra coisa *(e.g.,* art, 169, 1, que contém regra jurídica sobre não correr de prazo, como o art.

169, li e lii). Não há, então, qualquer ensejo para alegação de anulabilidade, por erro ou por outra causa.

Quando alguém está obrigado a emitir declaração de vontade e não no faz, expõe-se à ação de condenação e à ação do art. 641 do Código de Processo Civil. Antes do trânsito em julgado não há declaração de vontade; há, depois. E há porque o Estado *executou,* forçosamente, a obrigação de prestar declaração (a referência à ficção, *fictio iuris,* que faz A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* II, 426, é fora de propósito: o Estado executa; não usa de ficção).

„Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida", diz o art. 641 do Código de Processo Civil. Se tal manifestação de vontade, em execução de sentença, não é atacável por erro, dolo, simulação ou fraude contra credores, é porque o Estado a prestou, pelo obrigado, e rege a matéria o direito processual. Não é preciso que, no momento, seja capaz o réu, nem que se ache livre de coação, ou que queira outra coisa, ou, até, que viva.

Qualquer ataque seria à sentença, por nulidade, ou por ser rescindivel; ou, se aihda não transitou em julgado, em via recursal. Se ocorre a rescisão, tem-se de ver até que ponto vai a eficácia da sentença rescindente.

6. *Espécies de erro.* O Código Civil primeiro fala do erro sobre a) a natureza do ato, sobre *b)* o objeto principal da manifestação de vontade e sobre c) algumas das qualidades essenciais ao objeto (arts. 86 e 87).

Depois, do erro sobre *d)* as qualidades essenciais da pessoa a que se referiu a manifestação de vontade (arts. 88

e 91). Finalmente, do erro sobre *e)* a falsa causa, quando expressa como razão determinante, ou sob forma de condição (art. 90). No art. 89, explicitou-se que o erro pode ser cometido pelo próprio manifestante, ou por interposta pessoa ou por instrumento: "A transmissão errônea da vontade por instrumento, ou por interposta pessoa, pode arguir-se de nulidade nos mesmos casos em que a declaração direta." Melhor será que primeiro tratemos de quem erra, para depois cogitarmos de quais sejam os erros invalidantes.

Se o manifestante da vontade se equivocou nas palavras, ou na pontuação, ou quanto à coisa, que entregou, ou se levantou, em vez de ficar sentado, ou vice-versa, ou trocou os endereços de dois clientes, para os quais as ofertas ou aceitações seriam diferentes, — não quis, de modo nenhum, emitir manifestação de vontade com a *exteriorização* da manifestação de vontade que foi feita. Ou usou um termo por outro, ou assinou o recibo que não era o do mês, ou remeTeil a carta que não era para ser remetida; ou alguém, pelo manifestante da vontade, cometeu um desses erros, O erro pode ser do datilógrafo, ou do chefe de escritório, ou do copista, ou do tabelião, que lavrou a escritura, ou de quem dá o papel para a assinatura. Não importa se expressa, ou tácita, a manifestação.

É de toda importância saber-se que o ato jurídico pode ser anulado, ainda que o erro haja procedido de desatenção de quem assinou a manifestação de vontade, ou de quem entregou a coisa. Inclusive se o figurante assina o documento sem no ler (A. Leist, Die Einschrânkung der lrrtums- und Tãuchungsanfechtung, *Archiv fúr die civilistische Praxis,* 102, 215 5.; J. Siegel, Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunden, *Archiu fOr die civilistische Prax* is, 111, 80). O documento em branco, que foi cheio pelo manifestante da vontade, ou por pessoa de que ele incumbira, pode dar ensejo a erro, se o foi com o que não se assentara ser a vontade do manifestante (G. Planck, Kommen *ter,* 1,

1ªed., 321; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 31ª-35ª ed., 607, nota 8; 1

Siegel, *Die Blanketterklàrung,* 46, e Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunden, *Archiv fOr die civilistische Praxis,* 111, 95; Voss, Die Anfechtbarkeit der Blanketterklârung, *iherings Jahrbúcher,* 56, 412 s.).

7. *Erro substancial.* A expressão "erro substancial" (arts. 86-88) não alude às qualidades essenciais; o *error in substan tia* abrange, estoicamente, o erro na identidade e o erro na substância, quando atinge aquela. A sanção de anulabilidade distingue-se da sanção romana, que era de *nullutas,* no sentido de inexistência.

Se o manifestante pensou na regra jurídica *x,* porque entendia que comprara, e na verdade a terra, que vendeu, não era sua, qual o entendia, o erro é de fato, e não de direito, Se não sabia que a terra era hipotecada e aceitou a promessa de venda, não errou no direito; errou no fato (cf. § 437, 5). As poucas espécies, em que se admitia, com razão, o *error* iuris, não eram espécies de *errores iuris:* a regra jurídica incidiu, ou deixou de incidir, contra o que esperava o manifestante, porque ignorava ele algum fato, que seria elemento pré-excludente, ou invalidante do ato jurídico, ou que o deslocaria na classificação dos atos juridicos.

Já D. Odofredo *(Interpretatio,* 96) falava de *error* substan *tialis;* G. O. Titio *(Observationum,* 335), de *error efficax* e *error concomitans;* J. H. de Berger (Oeconomia *iuris,* 669), de *error* substantiafls e de *errar accidentalis.* O Código Civil, art. 86, somente cogita daquela, na esteira de velha e curtida teoria.

8. Naturalia negotii. Não são matéria para erro invalidante os *naturalia nego tU,* que são a parte da eficácia dos atos jurídicos que se produz se o manifestante ou manifestantes não a excluiram. O que o sistema jurídico tem como direito dispositivo não pode ser assunto para erro. Há a lei; devem conhecê-la: se nao a conhecem, ou se erram, admitir-se que se anule o ato omissivo é admitir-se que se desnature a regra jurídica dispositiva (K. Hellwig, *Lehrbuch,* II, 147, nota 26; O. Planck, Kommentar, 1, 4ª ed., 290; A. von Tuhr, *Der Allgemeine* Teil, li, 574; sem razão, P. Oedmann, Der Rechtsirrtum, *Seufferts Blótter,* 67, 29 s., E. Danz, Verhãetnis des Irrtums zur Auslegung, *Jherings Jabrbticher,* 46, 431, e H. Titze, *Die Lebre vom Missvertândn is,* 450 s., que têm o erro de direito como sobre conteúdo, o que atende ao conceito, porém

não ao dever de conhecer a lei).

Ainda que a manifestação de vontade mencione os efeitos como da regra jurídica dispositiva (salvo troca de conceitos jurídicos, como "condomínio", em vez de propriedade em comunhão *pro divisa,* "rescindir", em vez de "resolver", "anular", em vez de "rescindir", cf. A. Manigk, *Irrtum und Auslegung,* 97 s.). O manifestante da vontade, nos contratos comutativos, que pensava não responder pelos vícios redibitórios (arts. 1.101-1.106), nem por isso pode pedir a anulação do contrato; nem o responsável pela evicção, nas espécies dos arts. 1.107-1.117; nem o locatário, que ignora o art. 1.201; nem o donatário, que cria poder revogar a doação fora das espécies dos arts. 1.181-1.187; nem o herdeiro pode anular a renúncia da herança, porque ignorava a quem iria, com a renúncia, a herança. Em todos esses casos, os manifestantes da vontade não teriam praticado o ato jurídico se tivessem conhecimento concreto da lei (têm o *dever* de conhecê-la, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 39; porém, devido ao dever de conhecer, tem-se de ter a lei como concretamente co nhecida. Se o manifestante pensou na regra jurídica x, porque entendia que comprara, e na verdade a terra, que vendeu, não era sua, qual o entendia, o erro é de fato, e não de direito. Se não sabia que a terra era hipotecada e aceitou a promessa de venda, não errou no direito; errou no fato (cf. § 437, 5). As poucas espécies, em que se admitia, com razão, o *errar Luris,* não eram espécies de *errares iuris:* a regra jurídica incidiu, ou deixou de incidir, contra o que esperava o manifestante, porque ignorava ele algum fato, que seda elemento pré-

excludente, ou invalidante do ato jurídico, ou que o deslocaria na classificação dos atos jurídicos.

9. Errores iuris. Não há por onde se meter no sistema do direito brasileiro a anulação por erro de direito, por *errar luris.* No art. 87, só se falou em erro sobre a natureza do ato, sobre o objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais; no art. 88, em erro sobre qualidades essenciais da pessoa. A referência ao erro quanto à natureza do ato não vai além do conceito de *error in ipsa* negotio, que, em direito romano, daria ensejo à *nullitas* (Ulpiano: "nec depositum nec mutuum est", L. 18, § 1, D., *de rebus creditis,* 12, 1, onde E. Zitelmann, *Irrtuni und Rechtsgeschâft,* 528 e 530, via dissenso, e não erro; cp. R. Henle, *Irrturn íiber die Rechtsfolgen,* 68 s., que mostra tratar-se de erro sobre o conteúdo da manifestação de vontade, mas sem atender a que isso afasta haver erro de direito, e de modo nenhum Ulpiano aludiu a *ignora ntia* iuris). Nem 551

cabe, no direito brasileiro, distinguirem-se erro sobre a regra jurídica e erro sobre os efeitos dela. Se A erra quanto ao direito que tem B e quer adquirir, o erro pode ser sobre fato *(e.g.,* se houve escritura pública, se não está prescrita a ação, se não houve resolução, se a sentença favorável não foi rescindida) e o art. 87, V ou 3ª

parte, incide *(verbis* "objeto principal da declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais"). Porém, de modo nenhum, se A pensou que a interpretação de ceda regra jurídica dava a E tal direito, pretensão, ação ou exceção, ou se não baseava aquele ou qualquer dessas: ai, há *errar iuris,* e o direito brasileiro não admite a anulação. A discussão em torno da diferença entre erro sobre o direito subjetivo, a pretensão, a ação ou a exceção e o erro sobre a regra jurídica (direito objetivo) é sem alcance: porque pode o erro sobre o direito subjetivo, a pretensão, a ação ou a exceção ser *errar iuris,* ou *errar facti,* e é de estranhar-se que R. Henle *(Irrtum úber die Rechtsfolgen,* 64) insistisse nela, ainda que para criticá-la.

A respeito do erro de direito, é lamentável que alguns tribunais, em vez de consultarem o nosso direito, se embebedem de doutrina estrangeira, a ponto de fazerem prevalecer tal enxerto contra as regras do sistema jurídico brasileiro, superior em tantos pontos ao dos Estados de cuja literatura lançam mão. O art. 86 só admitiu a anulabilidade por erro substancial e nos arts. 87 e 88 definiu-o. Enquanto, lisamente, o Tribunal de Apelação do Ceará, a 28 de janeiro de 1944 (Feliciano de Ataide, relator; *RJD* 1, 76), proclamou que o erro de direito não é causa de anulabilidade dos atos jurídicos, e o Tribunal de Justiça de Pernambuco, a 24 de setembro de 1945 (Santos Pereira, relator; *AF* 17/399) frisou a tradicionalidade impecável do direito brasileiro, no repelir a anulabilidade por erro, fácil consulta de livros franceses e italianos, em ponto em que não tivemos qualquer influência da doutrina francesa ou italiana, pôs-nos ao alcance das cincadas de escritores em moda *(e.g.,* votos vencidos ao acórdão pernambucano; 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 20 de junho de 1950, *AJ* 96/ 166). É tempo de evitar-se a propagação da erva daninha.

10.

Erro duplo e erro múltiplo. O erro pode ser *duplo,* ou *múltiplo* (de cada figurante), e então pode não ter havido concordância das vontades, entre si, nem entre elas e o que se manifestou, mas o assunto não pode

ser tratado como o da falta de concordância. Se o erro sobre a natureza do ato jurídico é só sobre o tipo abstrato, o que há é *error* in nomine, que não invalida o ato jurídico, pois a interpretação mostrará de que ato jurídico se trata: em concreto, houve o consenso. Quase sempre é erro puro de direito, irrelevante. Se, porém, há incompatibilidade entre o tipo abstrato e os elementos do suporte fático, não há só erro de direito. Falar-se da ignorância do direito, ou do erro de direito, tratando-se de erro invalidante, somente tem sentido para se saber se se ignorou o fato, e daí resultou ignorar-se *qual* a regra jurídica, que incidiria. Isso nada tem com a ignorância do conteúdo da regra jurídica que incidiria, ou que incide. Se A, herdeiro, pensa que, se o herdeiro B renuncia à herança, recebe a parte do renunciante; e, por isso, renunciou a direitos que tinha contra B, e errou, porque a parte vai aos credores de B (art. 1.586), — o seu erro é irrelevante: *aliter,* se o que A ignorava era a existência de credores de B.

Enquanto o dissenso supõe o desacordo objetivo das vontades, o erro supõe falsa representação dos figurantes.

Se o erro ébilateral, como se A pensou comprar a casa a e B vender a casa o negócio jurídico existe, mas é anulável, e não nulo como parecia a Ch. Fi Glúck *(AusfOhrliche Erlàuterung der Pandekten,* IV, 141 s.). O

erro bilateral não é mais do que alusão a dois erros diferentes, por pessoas diferentes. O dissenso é necessariamente bilateral, porque supõe divergência, o que dá ao adjetivo outro significado. Quis H. Rehbein (Das *Búrqerliche Recht,* 1, 225) manter o pensamento de Glúck; porém, tanto no direito alemão quanto no brasileiro, toda manifestação de vontade que tem sentido e não é contraditória só tem um sentido e necessariamente tem um, que é o manifestado (cf. C. Crome, System, 1, 406 e 420; A. Engels, *Der offene und der uerstrecke* Dissens, 38; O. Ruprecht, Das *Verhàltnis des Irrtums zum Dissens,* 20). O que opera em absoluto é o dissenso; não, o erro. Mas erro dos dois ou de todos os figurantes não é dissenso. A intenção dos manifestantes da vontade somente serve à interpretação, não é, necessariamente, o que se manifestou, razão por que não se leva em conta a reserva mental. O *Voluntatern potius quam verba* spectari *debet* não pode ir além disso. Prevê-se, com a doutrina do erro, exatamente a discordância entre o manifestado, tal como se há de interpretar, e se devia interpretar, e o que não se teria manifestado se se conhecessem as circunstâncias ou certa circunstância. Nada tem isso com a regra jurídica do art. 85 (cf. W. Wedemeyer, *Auslegung und Irrtum,* 34 5.): o que errou quis (teve

intenção de) manifestar o que manifestou. O art. 85 indica que se procure a intenção dos figurantes ou do figurante para se fixar o sentido objetivo da manifestação de vontade; e assim é, quando se alude a usos do tráfico (P. E Werthauer, *Uber den Einfluss des Irrturns auf Vertrãge,* 28). Pode, sobre o mesmo ponto, haver alegação de dissenso e de erro, porém há de o juiz julgar, primeiro, aquela questão.

551

11. *Motivos e erro; erro e abstração.* Quem dá fiança a alguém, pelas casas que a esse foram alugadas, não tem ação de anulação por erro se ignorava que se alugaram três, em vez de duas; nem na tem o que se obrigou a construir túnel, e errou nos cálculos; nem o que dá garantia hipotecária, crendo que é a segunda, e éa primeira; nem o cessionário do crédito que o tinha por privilegiado; nem o representante que entendeu mal as instruções e aceitou o preço. Em todos esses casos, o erro é nos motivos, e não há falar-se de qualidade essencial.

Os atos jurídicos dispositivos, abstratos, não são anuláveis por erro. Dão ensejo à ação de enriquecimento injustificado (art. 965).

12. Error in faciendo. O *errar in faciendo* consiste em se ter querido e manifestado a, mas ter-se feito o que corresponde a *e.g.,* em vez de se assinar o instrumento, sobre que se assentou o ato, se assina a minuta a corrigir-se, ou rejeitada. O erro no encher os papéis já assinados e os erros em assinar impressos parecidos entram nessa classe.

13. *Erro e punibilidade.* Problema à parte é o de errar A porque não sabe que o ato de B é punivel, *e.g.,* A compra a B o que E não pode vender, porque é coisa pertencente ao Estado e B é funcionário público. O

contrato é eficaz, porque consensual. Pergunta-se se é anulável por erro, uma vez que A ignorava a punibilidade. São tantos os casos de atos puníveis, que o problema assume importância excepcional. Para

Schlossmann *(Der Irrtum Ober wesentliche Eigenschaften,* 86 s.), o erro sobre a punibilidade pode ser sobre qualidade essencial, se no tráfico a nãopunibilidade se considera qualidade essencial. Para P. Kareski *(Zur Lehre von* den *Willensmãngeln, insbesondere der Irrtum úber die Vorbestraftheit,* 44 sã, a não-punibilidade não é qualidade essencial; o que pode ocorrer é dolo. Em verdade, às vezes há erro, mas, também, nulidade por ilicitude, ou impossibilidade.

O erro sobre a punibilidade pode ser erro sobre qualidade essencial da pessoa com quem se trata e há mais interesse para o manifestante da vontade em que se anule o negócio jurídico, devido a isso. *E.g.,* o joalheiro, que tem todo o cuidado nas suas compras, compra diamantes, sem saber, ao ladrão. Admitamos que possa pedir a anulação (ainda se há a prova de que o vendedor os comprara), se prova que ainda não foram entregues mas o vendedor é ladrão, pois que pode os ter roubado ou os ir roubar para prestar, ou fingido os haver comprado.

§ 431. Quem erra invalidantemente

1. *Agente do erro.* O que manifesta a vontade própria (= em ato próprio), pode errar. Também podem errar: o que representa, isto e, o que manifesta a vontade de outrem, pors vontade própria; o que manifesta a vontade de outrem, por vontade alheia, como se fosse instrumento (árgão de pessoa jurídica, núncio, serviçal de recados); o instrumento, devido a erro do manipulador ou do próprio instrumento *(e.g.,* repartição dos telégrafos, ou telefones, aparelhos automáticos).

2. *Autor da ação de anulação.* Os que, *e.g.,* representantes, ou núncios, ficam vinculados por atos jurídicos que são alheios, ou seriam alheios, têm ação de anulação por erro seu.

Não só o promitente-adquirente pode errar, também pode errar, invalidantemente, o promitente-alienante. O

que vendeu a pedra preciosa, em vez da falsa, ou o que vendeu o exemplar da primeira edição, raro, em lugar da última, ou outro, vulgar, tem a ação de anulação por erro.

§ 432. Pressupostos subjetivo e objetivo do erro

1. *Pressuposto subjetivo da importância da divergência.* Para que haja a anulabilidade por erro, é preciso que, 551

se o manifestante da vontade houvesse conhecido a realidade tal qual e não tal qual a representara, não teria manifestado o que manifestou, porque, assim, não teria havido divergência entre o que ele entendia e o que o destinatário entendeu. O pressuposto subjetivo dá a medida suficiente da importância, para o manifestante, da identidade, ou da qualidade da pessoa ou da coisa. Sem esse pressuposto subjetivo da importância, pôr-se-ia em perigo a segurança do tráfico. O sistema jurídico permite a anulabilidade, porque tal importância é grande e pode justificar que se abra exceção aos princípios que regem o tráfico. Por isso mesmo, se esse pressuposto subjetivo se não compôs, o ato jurídico não é anulável. Se comprei o livro *a,* a que faltam dez folhas, exatamente para completar o exemplar que tenho, não posso pedir a anulação. Existe, pois, a possibilidade de se afirmar e provar, contra a alegação de anulabilidade por erro, que o errador não teria deixado de manifestar-se, como se manifestou, se houvesse conhecido a realidade tal qual. Quem compra portões de ferro para os fundir não pode obter a anulação do contrato de venda e compra, arguindo que alguns recortes, ou enfeites estão estragados, ou foram retirados.

Dá-se o erro, portanto, quanto ao objeto, quando há outra coisa que aquilo em que se cria (Azão, na *Summa in Codicern ad Titulum, 1,* 18, § 2: “error vero est, cum aliud est, quam credam”; J. Schilter, *Iurisprudentiae totius Elernenta,* 119: “error intellectum impedit”; W. A. Lauterbach, *Collegium theorico-praticum,* 1, 3ª ed., 1.182: “error, qui scientia refragatur”; Chr. de Wolff, *Institutiones iuris,* 17: “error dicitur disconvenientia notionis cum objecto”).

A crítica que se fez ao legislador alemão de ter aberto margem a apreciação do elemento subjetivo no erro (8. Schilling, *Aphorisrnen, 46* s.), criando incerteza no tráfico jurídico, não se pode fazer ao Código Civil brasileiro. Não há, sequer, a respeito de erro, regra juridica que corresponda ao art. 99, concernente à coação.

Onde o elemento subjetivo se apresenta é no art. 88 porém em parte mínima.

2. *Pressuposto objetivo da importância transubjetiva da divergência.* Pressuposto objetivo do erro é o de que tal importância subjetiva não seja fora de justificação, — hão-se de apreciar as circunstâncias, de modo que ao pressuposto subjetivo se possa juntar importância transubjetiva, que ai funcione como pressuposto objetivo: a *razoabilidade* da importância é esse pressuposto. Se comprei o livro, encadernado em couro amarelo e tenho as obras do mesmo autor com encadernações em cor verde, e o livreiro-editor não tem ou não tem mais encadernação verde, não posso obter anulação. Obtê-la-ia se comprei o vol. 1, que tenho, em vez do vol. III, que me falta.

3. *Convergência dos dois pressupostos.* Sem que concorram os dois pressupostos não é possível pensar-se em anulabilidade por erro. Se A compra máquina, que depois verifica ter o número 1313, por mais forte que seja a sua superstição, não tem ação de anulação por erro: falta o pressuposto objetivo, pois é contra apreciação razoável dos fatos levar a tal ponto o temor do número 13. Se alguém compra bandejas "antigas" de prata, bem trabalhadas, e verifica que não são antigas, poderia, razoavelmente, pedir a anulação do contrato de venda e compra (pressuposto objetivo); mas não no pode se as comprou para as fundir, uma vez que lhe era indiferente serem antigas ou modernas (falta do pressuposto subjetivo).

Ambos os pressupostos são necessários a se fazer deficitário (anulável) o ato jurídico (E. Eck, *Vortràge,* 1, 140 5.; *G.* Planck. *Kommentar,* 1, 288; E. Riezler, J. v. .*Staudingers Konirnentar,* 1, 460; P. Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 364; 8. Matthiass, *Lehrbuch,* 113; E. Zitelmann, *Allgemeiner Teil,* 112; LI. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 244; O. Gradenwitz, *Anfechtung und Reurecht,* 47; E Haussmann, *Der Irrtum,* 22; sem razão, Konrad Cosacl, *Lehrbuch,* 1, 6ª ed., 254, nota 5; R. Henle, *Vorstellungs- und Willenstheorie,* 513; H.

Dernburg, *Das Borgerliche Recht,* 1, 3ª ed., 488).

Alguns sistemas jurídicos, ou, pelo menos, correntes desses sistemas introduziram o pressuposto do erro escusável. Noutros, a divergência acentuou-se *(e.g.,* o direito alemão, em que H. Dernburg exigia a escusabilidade e outros a dispensavam, e.g., A. von Tuhr, *Der Allqemeine Teil,* II, 587). Ainda que tenha havido negligência grave, o que errou pode pedir a anulação por erro (R. Henle, Vorstellungs- *und Willenstheorie,* 517 s.).

551

§ 433. Erro sobre a natureza do ato

1. Error in negotio. Erro sobre a natureza do ato, *error in negotio,* é o erro sobre a categoria jurídica: quis alugar, e manifestou vender; quis emprestar, e doou; quis aceitar doação, e, devido ao uso a técnico de "dar", recebeu em comodato. a) Se, a despeito da divergência inconsciente entre a manifestação da vontade e a vontade, ambos ou todos os figurantes entenderam no sentido que havia de ter (= com que o manifestante concebeu a manifestação), não há inabilidade. Se querendo o câmbio do dia, disseram x, erradamente, não há erro: o dever jurídico é pelo câmbio do dia. *b)* Se não se quis qualquer categoria, pode haver simulação absoluta, ou dolo; não, erro invalidante.

O erro sobre os efeitos pode ser invalidante, se é incluso Como *elemento* do suporte fático da categoria jurídica: se, com tal efeito, não se teria querido tal ato jurídico, e sim outro, há erro invalidante (e.g., se o fiador ignorava que o credor pudesse reter mercadorias suas, como principal pagador).

2. *Suposições e erro.* Se o manifestante da vontade emitiu a manifestação, supondo que não entrasse no mundo jurídico, ou entrasse e não valesse (fosse nula), porque, a seu ver, falsamente, faltaria pressuposto de existência, ou de validade, tem-se de atender às circunstâncias: a) se *o* pressuposto é de existência e o destinatário acreditou na entrada no mundo jurídico, existe e vale o ato jurídico; *b)* se o pressuposto é de existência e o destinatário também acreditava em que faltava, não há ato jurídico; *c)* se o pressuposto é de existência, e o ato jurídico, não-recepticio, não há ato jurídico; *d)* se o pressuposto é de validade, e o destinatário cria que valesse, o ato jurídico existe e vale; *e)* se o pressuposto é de validade e o destinatário também não cria na validade, não há ato jurídico, salvo se houve simulação maliciosa; fl se o pressuposto é de validade, e a

manifestação de vontade, não-recepticia, quem quis o não valeria, manifestando querer, fez reserva mental, e pois é e vale o ato juridico. A doutrina que faz anulável (ou impugnável por erro) o testamento ológrafo que se fez na falsa suposição de que a forma do instrumento público era indispensável é de repelir-se (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligerneine Teil,* li, 173, nota 168).

Se o erro in *negotio* foi erro que se pode provar, o ato jurídico é anulável; fora daí, há de acarretar com ele o manifestante da vontade. E preciso que haja discrepância entre o significado objetivo do ato e o significado, que lhe atribuiu, subjetiva-mente, o manifestante.

Erro in *negotio* somente há quando os figurantes manifestaram-se pela conclusão do negócio jurídico mas houve divergência, quanto â espécie de negócio, no que cada um manifestou. Claro que não se há de pensar em reserva mental. O erro équanto a algo típico do conteúdo; *e.g.,* se A recebe a caixa de vinhos, crendo que é oferta, e é doação, que não *queria* aceitar.

Para que se dê o dissenso sobre a causa, o *error in negotio,* erro sobre a natureza do ato jurídico, é preciso que se trate de ato juridico causal: o consenso sobre o conteúdo é só aparente, porque se funda em erro. Não há concordância, uma das vontades está viciada; e seria inadmissível que o sistema jurídico não atribuísse ação de anulação, pelo menos, a quem errou. Há duas representações de conteúdo, que não coincidem. Se o ato jurídico é abstrato, o dissenso sobre o fim, que têm os figurantes, não atinge a validade do ato jurídico. Donde só haver a ação de repetição e a exceção *ex causa* entre os figurantes. (O art. 129, 3, do Código Comercial está revogado.)

3. Técnica *legislativa e* error in negotio. No direito alemão, muito se há criticado a impugnação por erro in *negotio;* e os declaracionistas querem que se suprima a espécie (H. Titze, Vom sogen. Motivirrtum, *Festgabe* E. Heymann, 111, 72 S.; E. von Schwid, Der Irdum im Verkehrsrecht, *Jherings Jahrbticher,* 89, 119). Mas seria grave senão de técnica legislativa.

§ 434. Erro sobre o objeto principal da manifestação de vontade

1. Objeto *principal e erro.* O erro sobre o objeto da manifestação de vontade (objeto principal, diz o art. 87), é 551

uma das espécies em que o declarante não quis, de modo nenhum, emitir manifestação de vontade com o conteúdo que se lhe atribuiu, sem razão. O equivoco é quanto ao objeto, e.g., entregou o relógio suíço, em vez do francês, que fora o vendido, ou o embrulho com os livros a, *b* e *c,* em vez do embrulho com os livros p, q e r, ou somente *p,* ou *p* e q. Porque houve manifestação de vontade, embora não aquela, com que se deu a coisa, o ato entra no mundo jurídico, e para se livrar dos seus efeitos o manifestante tem de propor ação para o desconstituir. Se o que recebeu o embrulho o abre, e verifica que houve erro, quando já não alcançaria a quem o entregou, não houve ato jurídico, por se tratar, pelo menos, de manifestação de vontade receptícia. A ação declaratória negativa bastaria. Se a coisa não está presente, o erro pode consistir em indicação errônea do nome, do número, do lugar, ou de outra circunstância, que indique coisa diferente daquela a que se refere o manifestante da vontade.

O erro, a propósito de objetos, como de pessoas, pode ser sobre qualidades essenciais. O art. 87 não só concerne ao *erro sobre a identidade* (cf. E. Zitelmann, *Irrturn und Rechtsgeschãft,* 435 s.; E. Hôlder, Die Anfechtung der Ehe wegen lrrthums úber die Person, *Jherings iahrbúcher,* 42, 1 s.).

A identificação pode ser mediante dados qualitativos, ou mediante dados quantitativos. Mas é preciso que os dados qualitativos, se falham (= há erro neles), deixem sem identificação o objeto. Há dados qualificativos identificativos e dados qualificativos que são irrelevantes para a identificação. Ocorre o mesmo com os dados quantitativos.

"Objeto", no art. 87, é qualquer objeto de direito, sobre o qual se manifeste vontade. A expressão foi mais feliz do que "Sache" (coisa), no Código Civil alemão, § 119, alínea 2ª mas também lá se entende que há de ser o objeto de direito, e não só a coisa (E. Heilbobn, Was bedeutet Sache in § 119 Abs. 2 BGB., *Gruchots Beitràge,* 46, 805; G. Planck, *Kommentar,* 1, 287; E. Riezler, em *J. v. Staudingers Kommentar,* 1, 458; H.

Rehbein, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1,140; E Haussmann, *Der Irrtum,* 41).

(Na interpretação do direito romano, a substância como qualidade é anacronismo, cf. P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht,* 1, 309. Na Glosa, fala-se de *error in substantia* como *errar in qualitate substantiali;* identificam-se *substantia* e *materia,* se bem que se não se tratem igualmente o errar in *substan tia* e o *errar in corpore,* H. Richelmann, *Der Einfluss des Irrtums au! Vertrãge,* 50 s.).

2. *Identidade* e *qualidade.* A identidade é inconfundível com a qualidade essencial. Se se erra sobre a identidade, erra-se quanto ao objeto mesmo do ato jurídico (cf. 5. Schlossmann, *Irrtum* úber *wesentliche Eigenschaften,* 76; K.- Kolzewsky, *Der* Beqriff *des wesentlichen Irrtums,* 84; B. Pfeffermann, *Begrifi des wesentlichen Irrtums,* 77). A propriedade da coisa pode ser qualidade essencial; não no é sempre (Hans E.

lmmerwahr, *Beitrôge zur Lehre vom Eigenschaftsirrtum,* 34). Dá-se o mesmo quanto àqualidade (Fr. Bauch, *Die dem Kàufer und dem Verkàufer bei einem Quantitdtsmàngel zustehenden Ansprúche,* 27 e 53).

§ 435. Erro sobre a pessoa do destinatário e sobre a pessoa do beneficiado

1.

Pessoa do destinatário e pessoa do beneficiado. É vicio, com a conseqüência da anulabilidade do ato jurídico, o erro sobre a pessoa do destinatário, ou do beneficiado. Não só do destinatário. Se A manifesta vontade a B, que C recebe, crendo que a ele se dirigia, há o ato jurídico; portanto a relação jurídica se constitui, a despeito do erro de A. Daí ser necessário que proponha a ação de anulação do ato jurídico AC, pois foi esse, e não o ato jurídico AB, que exsurgiu de sua errônea manifestação de vontade. Se, em vez disso, A se dirige, erroneamente, a C, e não a B, como queda, e C sabe que não fora a ele que A manifestou a vontade, nenhum ato jurídico se constituiu: a manifestação de vontade receptícia caiu no vácuo, ou, se unilateral a manifestação de vontade, se constituiu, sendo, porém, ineficaz. Se a manifestação de vontade não é recepticia, não importa o que pensava

o beneficiado; há o ato juridico, e tem de ser desconstituído, se A se quer livrar dos seus efeitos. A distinção, nas duas espécies, é de toda a relevância, porque, se o ato jurídico não se constituiu, ou se se constituiu e é ineficaz, a ação a intentar-se é a declaratória negativa. Se se constituiu, a constitutiva negativa.

551

2. *Identidade da pessoa e erro.* O erro sobre a identidade da pessoa não foi referido, explicitamente, nos arts.

86-91; mas éerro invalidante, por argumento *a fortiori,* uma vez que bastaria o erro sobre qualidades essenciais da pessoa (art. 88), e porque o art. 91 supõe a regra jurídica sobre o erro quanto à identidade da pessoa, tanto que estatui: "O erro na indicação da pessoa, ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o ato, quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada."

3. *Qualidades que não são essenciais à pessoa e erro substancial.* Não são qualidades essenciais à pessoa: o ser homem honrado (muitos não no são); o ser negociante o destinatário, ou o outro manifestante da vontade, nos negócios juridicos bilaterais; o ser Brasileiro, ou estrangeiro o outro figurante, ou o beneficiário (se o ato permitido, positivo, ou negativo, que é objeto do ato jurídico, depende da nacionalidade, é nulo, art. 145, II, porém não anulável, arts. 86-88, o ato jurídico). Trata-se de *fatos,* e não de *vontades.*

Discute-se se o art. 88 contém alargamento, ou explicitação do art. 86. No direito civil alemão, devido ao *gilt auch* (vale também) do § 119, alínea 2ª, tem-se entendido que é alargamento (G. Planck, *Kommentar,* 1, @

ed., 284; portanto, ficção, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 11, 578, o que se há de repelir; contra E. Hálder, *Allgemeiner Teil,* 261 s.), e não explicitação. Sim, no sentido de não se tratar de erro na *manifestação* de vontade. No direito brasileiro, a expressão "erro substancial" compreende o erro na identidade e o erro nas qualidades essenciais. O interesse seria filosófico. Filosofia contemporânea, que supere a

filosofia peripatética e a estóica, não atende à distinção: porque a identidade e a qualidade essencial são elementos do suporte fático das regras jurídicas sobre erro, *no mesmo grau.*

Todavia, pode ser anulada por erro a aceitação da fiança, se o fiador já estava insolvável, ou se, pelas informações posteriores, a sua capacidade financeira é nenhuma (O. Warneyer, Kommen *tar,* 1, 179). O erro sobre a idade pode ser invalidante (e.g., tratando-se de seguro de vida); idem, sobre vida pregressa criminal, ou escandalosa *(e.g.,* se se trata de contrato para diretor de colégio, ou sanatório), ou sobre capacidade profissional.

§ 436. Erro sobre as qualidades essenciais da pessoa

1. *Qualidades essenciais da pessoa.* Para que haja falta de qualidade essencial à pessoa, é preciso que, sem ela, a pessoa saia da categoria que se teve em vista ao manifestar-se a vontade; e.g., contrato de mobiliário com a pessoa, que é carpinteiro, e não marceneiro, ou contrato de trabalho de cozinheiro, se o contratado é apenas garçom, ou copeiro; contrato com tenor, que é ator dramático, e não tenor, ou vice-versa. Não é qualidade essencial ao carpinteiro ser bom carpinteiro, nem ao cozinheiro ser bom cozinheiro, nem ao tenor ser grande tenor. Seria o caso de denúncia do contrato (art. 1.229, VI), e não de anulação por erro (art. 88). Idem, quanto a qualidades morais e de gosto.

A qualidade essencial da pessoa ou da coisa é, afinal, a qualidade que se faz essencial para o ato jurídico de que se trata. Tal como a idoneidade econômica, a integridade moral, o não haver antes incorrido em falência ou em concurso de credores (H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 485; R. Hildebrandt, *Die Eigenschaft einer Person oder Sache,* 91); o não ter tido vida dissoluta pregressa; competência técnica; solvência; não estar o prédio em zona já considerada para desapropriação; construibilidade no terreno; ser zona agrícola ou rural, e não urbana; exportabilidade e importabilidade da mercadoria; eficácia da patente; direito de voto da ação de sociedade ou de associação.

2. *Força patrimonial ou financeira; solvência.* A importância do patrimônio ou capacidade financeira das empresas não é qualidade essencial; é-o a *solvência* (cf. arts. 1.554 e 106, 107). Aliás, quase sempre há o *plus* do dolo.

551

§ 437. Erro sobre as qualidades essenciais do objeto

1. *Qualidades essenciais do objeto.* As qualidades essenciais ou são da pessoa, ou são da coisa. Dessas tratou o art. 87, *in fine;* daquelas, o art. 88. "Objeto", no art. 87, é qualquer bem, inclusive direitos; as qualidades essenciais podem ser de outros bens que as coisas (E. Heilborn, Was bedeutet Sache in 119 Abs. 2 EGE., *Gruchots Beitrôge;* H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 140; E. Riezler, em *J. v. Staudingers Kommentor,* 1, 458; P. Oertmann, *Aligerneine Teil,* 359; diferente, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 11, 283). A redação do art. 87 evita a discussão que se estabeleceu em torno do § 119 do Código Civil alemão, o que é vantajoso. Quanto aos argumentos contra o conceito largo de "objeto", há-se de responder: não é só para o valor que importam as qualidades dos direitos, — podem concernir à espécie e ao gênero; o fato de haver a garantia quanto aos vícios redibitórios e ao abatimento do preço (arts. 1.101-1.106) de modo nenhum exclui a anulabilidade por erro, nem o excluia no direito comum; se o cedente do crédito não responde pela solvência do devedor (art. 1.074), nem pela suficiência da hipoteca, isso resulta de regra jurídica especial. Aliás, pode o crédito ter por objeto coisa a que falte qualidade essencial; mas admitir-se a anulabilidade por erro, devido a vício do objeto remoto ou mediato *(e.q.,* a pretensão a haver pedra que foi vendida como se fora verdadeira), seria contra os principios.

2. *Exclusão do princípio da irrelevância dos motivos.* A referência do art. 87 ao erro sobre as qualidades essenciais do objeto importa em exclusão do *princípio da irrelevância dos motivos,* que os sistemas jurídicos têm como imprescindível à segurança do tráfico. A justificação está em que tais qualidades importam tanto, para quem

manifesta a vontade, quanto o objeto mesmo: o motivo torna-se relevante. No direito comum, tirou-se da L. 9, § 2, D., *de contrabenda emptione,* 18, 1, a teoria. Lê-se na L. 9, § 2 (Ulpiano): "... pergunta-se se há venda e compra se não se erra no próprio objeto *(in ipso corpore),* mas o erro é na substância, como se se vende vinagre por vinho, bronze por ouro, ou por prata chumbo, ou algo semelhante à prata". E acrescenta:

"Marcelo escreveu.., que há venda e compra, porque se consente respeito ao objeto, embora se haja errado na matéria *(qula in carpus consensum est, etsi in materia sit erratum).* Eu certamente o admito, quanto ao vinho, porque é quase a mesma substância (ota(a), se o vinho se acidulou: todavia, se o vinho não se acidulou, mas desde o começo foi vinagre~.., entende-se que vendeu coisa por outra *(aliud pro alio).* Porém, respeito às demais, opino que a venda é nula, sempre que se erra na matéria".

Ou tal opinião de Ulpiano era isolada (E. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschãft,* 560; cf. E. Pfersche, *Zur Lehre vom s.g.* error in substantia, 15; H. Richelmann, *Einjluss des Irrtums auf Vertràge,* 59; ou *a error in substan tia* era causa de nulidade, no sentido romano, portanto de inexistência (para todos, dando ensejo à *candictio,* L. 11, § 1, também de Ulpiano: "... nuíla emptio, nuíla venditio est"); ou a opinião dominante era a de Marcelo. O problema pertencia mais à filosofia de cada escola, — luta entre peripatéticos e estóicos. Talvez desde Sabino se discutia se havia erro e quais seriam os que, embora não fossem erros na identidade, a atingiriam, *a)* A metafisica peripatética, pondo à frente a forma, ElSoç, levava à negação, e teve-se a opinião de Marcelo (cp. R. Leonhard, *Der Irrtum ais Ursache nitchtiger Vertrãge,* 453, que propôs interpretação histórico-econômica). *b)* Na L. 45, D., *de contrahenda emptione,* 18, 1, Marciano, citando Labeão, escreveu:

"... se alguém houver comprado, como novos, vestidos refeitos (vestimenta interpola), a Trehácio parecia que se há de prestar ao comprador o que interessa, se os comprou ignorando que eram recompostos". Aprovaram-no Pompônio e Juliano, que disse ficar obrigado o vendedor, ainda que ele mesmo ignorasse; se o sabia, também respondia pelo dano que sobreviesse, — como se houvesse vendido como de ouro vaso de latão *(si vas aurichalcurn pra auro vendidisset).* (Já não era a mesma filosofia de Marcelo e de Labeão. O que para ela importava era a substância, e não a forma. Ulpiano empregou o termo próprio, *atola,* da filosofia estóica. Daí a atitude quanto ao sexo (L. 11, § 1, *de contrahenda emptione,* 18, 1), que E von

Savigny *(Svstem,* III, 282) e C.

G. Eruns *(Kleinere SchriJten,* li, 486), não entenderam bem, uma vez que negaram tratar-se de *error in substan tia:* para estóicos tinha de o ser. Crisipo (cp. E. ZelIer, *Die Philosaphie der Griechen in ihrer geschichtlichen Entwicklung,* III, 39 sã caracterizou com o ser algo do pneuma universal a masculinidade, e algo de líquido, fluente, a feminilidade.

3. *Qualidades essenciais dos direitos e outros bens corpóreos.* As qualidades essenciais, a que se refere o art.

87, in *fine,* não são somente as qualidades essenciais das coisas. De modo nenhum se excluem as qualidades essenciais dos direitos e outros bens incorpóreos. O que pode ser objeto de ato jurídico é objeto, no sentido do art. 87 (R Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 359; F, Haussmann, *Der Irrtum,* 41; V. Hoeniger, Kritische 551

Besprechung, *Archiv fúr Biirgerliches Recht,* 35, 262).

Na concepção luso-brasileira, a "substância" do objeto compreende a identidade e as qualidades essenciais. Daí o art. 87 tratar juntamente daquela e dessas. A anulabilidade só se dá quando o erro recai

"sobre a substância mesma da coisa" (dizia Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado de Direito enfitêutico,* 1, 36).

A expressão "coisa substancial" em Coelho da Rocha *(Instituições,* 1, 67) tem o mesmo sentido que "algo substancial", a despeito das suas leituras da legislação prussiana e francesa. Meio Freire *(Institutianes,* 1, 51) tratou da *condictio indebiti* (arts, 964-971), e não da anulabilidade, — o de que Coelho da Rocha não se deu conta, razão por que afirmou que MeIo Freire admitia a anulação por erro de direito: o que ele admitiu foi a *repetição* por erro de direito, fundada no enriquecimento injustificado. Fora levado a isso Coelho da Rocha pela leitura de Manuel de Almeida e Sousa *(Segundas Linhas,* 1, 397 s.), que misturou a matéria da anulação dos atos jurídicos e a da confissão com a da *condictia indebiti.*

4. *Relações jurídicas e qualidades essenciais.* As relações jurídicas em que a coisa, ou o direito, é objeto, não são qualidades essenciais.

Assim, quem comprou a casa a E, que não era dono dela, não pode pretender anular, por erro, a venda e compra. A ação, que lhe cabe, é a de evicção (arts. 1.107-1.117). O contrato vale; não é eficaz a transferência; torna-se eficaz, se o vendedor vem a adquirir a coisa. Alguns juristas procuraram sustentar a anulabilidade por erro, se o erro foi quanto à relação jurídica concernente ao objeto (comprou a casa, sem saber que não valia a hipoteca; emprestou o dinheiro, crendo que a hipoteca, que lhe garantiria o empréstimo, fosse a primeira; vendeu o anel, sem saber que não era seu). Mas O. Lenel (Der lrrtum Ober wesentliche Eigenschaften, *Jherings Jahrbúcher,* 44, 11; E Burchardt, Irrtum Uber das Eigentum, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* III, 487 s.) e Th. Kipp (em 8. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 397) rechaçaram tal opinião, que é sem base histórica ou legal.

Questão que por longo tempo se discutiu foi a da alienação da coisa própria, que se acreditava ser alheia.

A alienação da suposta coisa alheia é estreme de vicio: o dono alienou válida e eficazmente, posto que se não cresse dono (1h. Kipp, em E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 898); ou, procurador, órgão, ou mensageiro, devendo alienar a coisa alheia, pôs em lugar dela, por erro, a sua *(e.g.,* leiloeiro de jóias, que apregoa anel, compara-o com o seu e, em vez de pôr no balcão o anel em leilão, põe a esse no dedo e no balcão o seu): aqui, o erro é quanto à identidade da coisa, e não *error in dominio;* o ato jurídico é anulável por erro. Não se trata de haver, ou não, qualidade essencial.

Se a coisa é gravada, ou se no terreno não se pode edificar com mais de dois, ou de três andares, ou se o prédio é foreiro, não há, em qualquer desses casos, falta de qualidade essencial, 5. *Erro sobre o conteúdo do ato jurídico.* A anulabilidade por erro sobre as qualidades essenciais da pessoa, ou da coisa, éanulabilidade por erro sobre o conteúdo. No fundo, o erro é sobre o motivo (A quis comprar o anel *a,* que acreditava ser de diamante, e declarou-o, mas é falsa a pedra): o que quis declarar declarou (portanto não houve discordância entre o declarado e o querido, mas, se soubesse que era falsa, não na teria comprado).

A concepção do Código Civil eleva esse erro no motivo à categoria de erro quanto à identidade, incluindo-o nessa classe. A qualidade essencial tem de o ser para o tráfico (comércio de jóias; comércio de pinturas e esculturas, onde a assinatura é de grande importância; marca da porcelana, ou da obra de cerâmica). O tráfico pode não-ser o

geral; raramente o é. Tem-se de pensar em atos jurídicos da mesma espécie, em circunstâncias semelhantes. As qualidades, para serem essenciais, têm de ser as que pesam para a apreciação e o valor do objeto. São qualidades que, em tais atos jurídicos e circunstâncias, se haveriam de pressupor (é de costume pressuporem-se, e podem ser pressupostas). São exemplos: *a)* compra por alto preço de estatueta "antiga", que se descobre ser falsificação; *b)* compra de patente de invenção que se vem a saber já outrem havia obtido. Não há erro em não-ser proprietário da coisa vendida o vendedor (propriedade não é qualidade): o contrato de venda e compra vale; tem a eficácia para a indenização, por inadimplemento da obrigação, se o comprador não a pode adquirir, ou não na adquire.

Não se pode pensar em anulabilidade por erro quando se trata de venda genérica de retalhos, salvados, saldos, ou restos, uma vez que o vendedor não faz qualquer declaração de conhecimento sobre o bom estado ou determinada utilizabilidade; *a fortiori,* não se pode pensar em redibição. Todavia, se há compra com especificações, a anulabilidade pode dar-se; mais facilmente, a redibição.

551

6. *Erro sobre preço quanto à qualidade.* A relação entre a qualidade e o preço não a faz essencial. Não há erro em comprar caro, ou barato. Ainda, quanto ao próprio erro sobre cotações (não se confunda com o erro *no exprimir* a cotação). Mas o erro sobre o movimento da casa comercial que se adquiriu, ou a reprodutibilidade do animal, pode ser invalidante. No direito brasileiro, o erro há de ser sobre o objeto principal, de modo que se não poderia anular por erro o contrato de venda e compra da fazenda, porque se errou quanto à casa de moradia, ou à instalação de eletricidade; nem o contrato de cessão de direito à arrematação, se o erro foi quanto ao bem arrematado *(aliter,* no direito alemão, cf. Reichsgericht, 11 de abril de 1911). Ai, o objeto é mediato. É preciso, além disso, que a qualidade seja tal, que, pela falta, importe em ter-se o objeto como outro, no que interessa ao ato jurídico.

O erro sobre o preço da coisa, isto é, sobre o valor dela, não é erro substancial (4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 29 de maio de 1947, *RT* 168/338; 3e Câmara, 9 de dezembro de 1948,

178/172), ou estaríamos a fazer ressuscitar, no direito brasileiro, o instituto da lesão enorme; salvo, por exemplo, se a diferença entre o valor da coisa e o preço foi motivo determinante para a operação, como se A compra a B

mercadoria "por preço que lhe permita revender a C, ganhando trinta por cento". Mas, aí, o fundamento não é o erro sobre a qualidade essencial, e sim a elevação do motivo à categoria de motivo determinante (art. 90).

Há-se de evitar a confusão de conceitos em que incorreu, por influência de Cunha Gonçalves *(Tratado de Direito Civil,* VI, 298), a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de dezembro de 1948 *(RF*

129/178, RT 178/172, e 180/588; também, 2ª Câmara, 22 de outubro de 1946, 166/269). Foi contra letra da lei o acórdão da Q Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 2 de outubro de 1941 *(RT* 138/126), que decretou a anulação, por erro, da venda e compra de ações de sociedade anônima cujo capital ainda não estava integralizado. Para que tal negócio jurídico fosse anulável por erro teria sido preciso que tivessem sido adquiridas ações "integralizadas" da sociedade anônima, de modo que a qualidade se apontasse como essencial ou o motivo se houvesse tornado determinante (falsa causa, art. 90).

Se outras pessoas que o manifestante, que praticassem o mesmo ato, nas mesmas circunstâncias, sem conhecer a falta da qualidade do objeto, não no praticariam, se conhecessem a falta, a qualidade é essencial, se a falta o desloca da sua espécie e gênero o objeto. Dentro da mesma espécie e gênero, a diferença de qualidade não é essencial. Quase sempre, a denominação comercial da coisa serve à sua caracterização por espécie e qualidade (diamante, cristal de rocha; manteiga, margarina; trigo, centeio; ladrilho, azulejo; casa de saúde, hotel; vinho verde, vinho maduro). Se o comprador confia na afirmação (= comunicação de conhecimento) do vendedor sobre a coisa, em resposta ao que o comprador perguntou, ou como elemento de informação inserto na oferta de venda, ou na aceitação da oferta de compra, que o contém, nem por isso se faz essencial a qualidade (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 580, que confundiu o erro *invalidante* e o erro *da redibição,* arts. 1.101-1.106). A afirmação ou a resposta afirmativa do vendedor pode ser concernente a qualidades essenciais ou não. Não essencializa o inessencial. Se o vendedor também *duvida* da qualidade essencial e o comunica, erro invalidante

não há: comprou-se no escuro; quem compra no escuro não erra, arrisca-se (cf. V. Hoeniger, Kritische Besprechung, *Archiu fúr Búrgerliches Recht,* 35, 265; L. Enneccerus, *LeI-irbuch,* 1, 428).

§ 438. "Falsa causa"

1. *Conceito.* O art. 90 fala de falsa causa. A expressão não foi feliz: porque, se se doou, em vez de se vender, crendo-se que o donatário havia salvo ao filho do doador, o erro é no motivo, e não na causa; se se disse que se doava "somente porque o donatário se apresentou como o que salvou o filho do doador", o erro não é sobre a causa, e sim sobre o motivo, aí "razão determinante" expressa, suscitando a anulabilidade do ato jurídico (art.

90); se se disse que o outorgado vai ser nomeado para comissão no estrangeiro e, assim, precisa de locomover-se para o estrangeiro, razão por que se lhe doam x milhares de dólares, o motivo fez-se condição (art. 90).

É interessante observar-se que o art. 90 corresponde ao que enunciava Kern *(De Errare contrabentium,* 34): se a causa e condição, pacto adjecto é.

2. *Pressupostos.* Em todas as outras espécies de erros, o ser reconhecível pelo outro figurante não é 551

pressuposto necessário. Na espécie do art. 90, sim. Para que o motivo seja relevante, épreciso que haja *expressa* manifestação de vontade que o faça "razão determinante" ou "condição"; mais tecnicamente, cláusula do ato jurídico. É o que se lê no art. 90: "Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição."

(a) A *causa* pode ser "sob forma de condição"; *e.g.,* A vende a B, para que, ao constituírem a sociedade que planejam, o bem entre para ela. É a *futura causa,* a *res* da L. 52 e da L. 65, *pr.* e §§ 2 e 4, D., *de candictione indebiti,* 12, 6. Se o bem não se presta (por exemplo, não tem a matéria-prima com que trabalharia a fábrica), foi falsa a *res.*

Não é preciso que segundo a concepção do tráfico, o bem não pudesse ser utilizado; pois que os figurantes elevaram o motivo, a *causa futuro, à* categoria de motivo relevante. Isso só é possível se houve acordo explícito de vontade sobre esse ponto, ou, pelo menos, se o outro figurante conhecia tal categorização excepcional, pessoal, do motivo.

Se a falsa causa foi posta como condição, dá-se a anulabilidade por erro; e não a resolução, por se tratar de condição resolutiva. E preciso não se confundir vicio e inadvento da condição. Diga-se o mesmo se a condição foi concebida como suspensiva. O Código Civil previu as duas espécies em que a falsa causa, o erro sobre a causa, pode viciar A questão interessou a fundo os juristas ao tempo da feitura do Código Civil alemão *(e.J.* R. Leonhard, *Der Irrtum hei nichtigen Vertrâgen,* 1, 252 s., e *Der Irrturn aIs Nichtigkeitsgrund,* 37; P. F.

Werthauer, *Uber den Einfluss des Irrtums,* 15: L. Pininski, *Der Tabestand des .Sachhesitzerwerbs,* li, 480 s.).

(b) A *causa* pode ser "motivo determinante", se se supôs existir o que se pensava e se elevou tal motivo à categoria de motivo relevante.

Quando se inquire dos motivos, vai-se *para aquém* do momento da conclusão do ato. Ora, a *causa* é logicamente ligada à conclusão do ato e à atribuição em si: está, necessariamente, no suporte fático do ato jurídico, e não acidentalmente. Quando se alude a ato jurídico abstrato, abstratizou-se o que seria o ato jurídico, sem essa operação, o ato jurídico causal; quando se alude a motivo relevante, trouxe-se *plus* ao suporte fático. O juiz não pode ir esmiuçá-lo, para saber se algum motivo esteve do lado de fora; só a lei pode permiti-lo, expressamente.

(c) Porque a condição é mexa, não se pode tratar como anexa, suscetível de existir à parte do ato jurídico a que intima-mente se liga. Tem a sorte do ato jurídico, em quaisquer circunstâncias, se bem que ele não tenha, sempre, a sorte da condição.

Se o motivo foi elevado a categoria de condição, tornou-se relevante e, sendo relevante, como passou a ser, a falsidade dele pode dar azo à anulabilidade do ato jurídico, por erro (art. 90). Se A comprou a B o terreno, para construir edifício de apartamentos, do qual promete vender a B o décimo andar, a construção (motivo) foi elevada à categoria de condição, podendo B pedir a anulação por erro se A

resolve construir, no terreno, prédio para estabelecimento de banco, ou não construir. Se A comprou a B o terreno, porque B atendeu a que o terreno vizinho de A não daria para a construção de casa de apartamento, e tal motivo aparece, tornado relevante, no negócio jurídico de venda e compra, B pode pedir a anulação por erro, fundado no art. 90, 1ª

parte, se a afirmação de A foi falsa *(e.g.,* foi licenciada a construção somente para o terreno que pertencia a A).

§ 439. Anulabilidade e vícios redibitórios

1. *Redibir e anular.* Os pressupostos para a redibição não são os mesmos para a anulação por erro. A doutrina tateou a respeito da concorrência ou não-concorrência das pretensões e ações. *a)* Houve quem excluisse a anulabilidade, se cabe a redibição *(e.g.,* L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 427; H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1,140, nota 3; Fr Liebmann, *Eigenschaft und* Sachmàngefl-iaftung, 102; Ri Haymann, *AnJechtung, Sachmàngelgewãhr Vertragserfz3llung,* 11 s.). *b)* Outros entenderam que nenhum laço existe entre elas e podem ser intentadas as ações, independentemente (inclusive usada a "impugnação" alemã, P. Oertmann, *Recht der Schuldverhãltnisse,* 3ª-4ª ed., 2, e ao § 450; R Simeón, *Recht und Rechtsgang,* 1, 370; R. Leonhard, *Der Alígemeine Teil,* 496; R. Schmidt, *Anfechtungsrecht wegen Eigenschaftsirrtums und Wandelungsanspruch,* 109; M. Heinecke, *Das Verhãltnis des Wandelungsanspruchs zur Anfechtung des Kaufs wegen Irrtums,* 35). *c)* Outros apenas excluem a anulabilidade por erro na qualidade se é caso de redibição (H.

Dernburg,

Das Búrgerliche Recht, II, 3ª ed., 71; H. Staub, *Kommentar,* II, 9ª ed., 842 **5.;** 5. Schlossmann, *Der Irrtum úber wesentliche Eigenschaften,* 57 s.; F. Haussmann, *Der Irrtum,* 45 s.; W. v. Elume, Das Verhãltnis des Anfechtungrechts zur Wandelung, *Das Recht,* 11, 351; E. Corves, *Das Verhàltnis des Wandelungsanspruch beirn Naul zu der Anfechtung wegen Irrtums,* 41 s.; 2. Stahlschmidt, § *459 BGB.* **ti.** § *119 Abs. 2,* 65).

2. *Crítica e solução.* Primeiro observemos que a ação do art. 87 abrange mais casos que as dos ads. 1.101-1.106, ao mesmo tempo que há casos em que os pressupostos da redibição ocorrem sem que se dêem todos os de anulabilidade por erro. Certos estavam R. Leonhard *(Der Irrtum ais Ursache nichtiger Vertràge,* 2ª ed., 172) em mostrar que há concorrência de leis em suportes fáticos que de modo nenhum coincidem em todas as possibilidades, e K. Wolzendorf (Zur Frage der Konkurrenz von Eigenschafsirrtum und Mângelgewãhr, *Jherings Jahrbúicher,* 64, 318 s.), em frisar que a identificação entre a falta de qualidade essencial da coisa e o vício é impossível (falta de qualidade essencial, segundo o tráfico, não é vício). Na anulabilidade, o erro está em se representar falsamente a realidade; na redibição, a representação realiza-se falsamente (Martin Wolff, Sachmãngel beim Kauf, *iherírngs Jahrbàcher,* 56, 40 s.). O que há de comum é a divergência entre representação e realidade: em ambas, o comprador não alcança o que representou e esperava (A. Eechmann, *Der Kauf,* III, 2). No direito comum, houve a tendência a se considerar a redibição como caso de erro *(e.g.,* K.

A. v. Vangerow, *Lehrbuch,* 1, T ed., 119) e a expressão "erro", nos escritores, a propósito de vícios, revela-a.

Mas quem desconheceu o vício oculto, tão oculto que o pode ignorar o alienante (art. 1.103), não erra. Não erramos a respeito do que de todo ignorávamos.

Não há lacuna em se não tratar, no Código Civil, da relação entre a anulabilidade por erro e a redibição, como pareceu a 5. Schlossmann *(Der Irrtum úber wesentliche Eigenschaften,* 52). Toda conseqtiência da propositura de uma ação, em vez da outra, só diz respeito à atitude do autor, que, perdendo na ação de anulabilidade, pode pedir o menos, que é a redibição, mas, propondo a de anulabilidade, sem lhe ser cumulada a outra, pode dar ensejo a que se pense ter renunciado à de redibição, aliás de prazo preclusivo, bem mais curto que o prazo de prescrição da ação anulatória. Se há ressalva, nada se pode inferir sobre renúncia.

§ 440. Erro devido à não-seriedade

1. *Não-seriedade.* O problema do negócio jurídico não-sério e do ato jurídico *stricto sensu* não-sério tem de ser posto em termos muito claros, porque o sistema jurídico brasileiro não possui textos a esse respeito. Há, certamente, o problema de técnica legislativa, que tem de ser enfrentado, e outro, de técnica interpretativa, se falta a regra jurídica escrita, ou se há regra jurídica, de que não se extrai facilmente o conteúdo. Para se afirmar que os atos não-sérios não entram no mundo jurídico (= não se juridicizam), bastaria extrairmos regra pré-excludente, que seria a que levasse em conta os *pressupostos de existência* dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos *stricto sensti* e se referisse ao conjunto complementar, formado pelas espécies em que esses pressupostos não aparecem. Quanto à invalidade, é diferente: ou a não-seriedade cabe no art. 145, e dá-se nulidade; ou cabe no art. 147, e dá-se anulabilidade; ou não cabe no art. 145, nem no art. 147, e então vale o negócio jurídico, ou o ato jurídico *stricto sensu.*

2.

Problema de técnica legislativa. A favor da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos stricto *sensti* não-sérios há o art. 85, que diz, escorando a *teoria da vontade,* em vez da *teoria da declaração:* "Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem." Mas as disjuntivas agravam o problema: existência, *ou* nulidade, ou anulabilidade. Nos sistemas jurídicos, como o alemão, (§ 18), que têm regra jurídica explícita sobre a nulidade, é fácil responder-se que o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* "é", porém "não vale"; e, pois, obriga a indenizar (interesse negativo). Nos outros, tem-se de concluir pela inexistência do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu* não-sério, ou pela nulidade, ou pela anulabilidade. Aliás, se a teoria da vontade se fortaleceria com a anulabilidade, ou com a nulidade do ato jurídico não-sério, mais ainda com a inexistência; em certo sentido, as soluções da nulidade, ou da anulabilidade, pois que supõem existência, já são passo à frente, a favor da declaração.

551

a) Convém, de início, precisar que, se a manifestação de vontade é de tal maneira feita, que deva, por seus termos, ser tomada a sério, ou se o propósito foi de enganar, a simples jocosidade ou não-seriedade não houve: houve reserva mental. O suporte fático do negócio ou o ato

stricto sensti entra no mundo jurídico, validamente, uma vez que a reserva mental é elemento irrelevante: a pilhéria dolosa é o — *a* (de não-sério) + *a* (de dolo) = 0; e a reserva secreta, *reserva tio mentalis,* é o que fica desse *zero,* como elemento irrelevante.

Quem quer enganar, lesando, com a pilhéria de negócio jurídico, ou de ato jurídico *stricto sensti,* em verdade quer. Se o outro figurante, nas manifestações de vontade recepticias, conhece a reserva mental, — o negócio ou o ato *stricto sensti* é não-sério: — *a* (de não-sério) + *a* (de dolo do manifestante) — *a* (de dolo do que recebe) = — *a.* Fica o não-sério.

Na simulação absoluta, os figurantes quiseram simular; não quiseram, portanto, o simulado. Na reserva mental, o que se quis não veio à luz. No não-sério, nada se quis. Para a solução dos problemas conceptuais nada nos adiantaria a distinção, que R. Schall *(Der Parteiwille im Rechtsgeschàft,* 13 sã pretendeu entalhar, entre *valuntas* e *consilium* (cf. E. Windscheid, *Wille und Willenserklàrung,* 5). Se o não-sério foi doloso, e alguém o tomou a sério, trate-se de ato jurídico *stricto sensti,* ou de negócio jurídico unilateral ou bilateral, entra no mundo jurídico, houve e há ato jurídico (sem se precisar pensar em ser contra bons costumes, ou contra a boa-fé, a exceção de não-sério, por parte do pilheriador; sem razão, porém, E. Erehmer, *Rechtliche Bedeutung der Willenserklàrung im Scherz,* 45). Se nenhum dolo houve, nem as outras pessoas podiam iludir-se, não há ato jurídico; o pilheriador tem, contudo, de responder pelos danos (interesse negativo), nascendo então a impropriamente chamada *culpa in contrahendo,* para a qual não se exige culpa. Tem-se discutido se o pressuposto de ser manifestada a vontade na expectativa de não-ser levada a sério não é mais largo do que o ser sem dolo, mas quem manifesta vontade, não-seriamente, esperando que se leve a sério, age com dolo, —

quer enganar com o que não-seriamente manifesta: passa a haver, quanto à não-seriedade, simples reserva mental. Ou o não-sério fica de fora do mundo, portanto sem que o ato (aliás, todo o suporte fático) entre no mundo jurídico; ou, ao entrar no mundo jurídico o suporte fático, a não-seriedade fica por baixo, onde ficam todas as reservas mentais.

b) Outra eliminação, importantíssima, a ser feita é a concernente às declarações de vontade, ou manifestações de vontade, que de modo nenhum precisariam de “se esperar” que se não tomassem a sério.

Referimo-nos às declarações ou manifestações de vontade em que há a *consciência* de que não são elementos de suporte fático de regras jurídicas: há certeza, e não esperança de que se não tomem como sérias; aliás, há certeza de que não são elementos de suportes fáticos, em vez de haver esperança de que o elemento do suporte fático não se tome por sério. Ali, não há declaração ou manifestação de vontade; aqui, há declaração ou manifestação de vontade, porém é não-séria. Os exemplos clássicos são as declarações ou manifestações de vontade para ensino, teatro ou conversação (a letra de câmbio que o professor fez emitir-se em aula, com sacador, sacado, avalista, endossante; o contrato assinado na representação teatral; a derrelicção do relógio para mostrar que não se quebra com a queda pela janela, *demonstrandí inteliectus causa)*. Não há aí, manifestação de vontade. Essa é a conclusão a que chegou a ciência, miudeando as espécies (L. Enneccerus, *Lehrhuch, 1,* 30ª-34ª ed., 432, nota 2; A. Manigk, *tA/ illenserklàrung und Willensgeschãft,* 473; H. Titze, *Die Lehre vom Missverstàndnis,* 43; sem razão, G. Planck, *Nommentar,* 1, 3ª ed., 275). Conforme adiante veremos, Paulo conhecia a inexistência do não-sério, nas suas duas espécies mais frisantes, o *pra iacum* e o *demonstrandi inteilectus causa:* nec enim si per iocum puta vel demqnstrandi intellectus causa ego tibi dixero

„spondes"? et tu responderis „spondeo", nascetur obligatio".

c) O que se manifestou de vontade pode não ter sido querido. Tal cisão ou exclui toda a vontade, ou a sua seriedade; de modo que o conceito de seriedade concerne à qualidade, e não à existência da vontade que se manifesta. Tem-se, pois, de distinguir a vontade, *que não* é, a vontade que se não manifestou toda, ou se manifestou demais, porque havia elemento *oculto* ou *restringen te,* e a vontade *que é,* porém não é *séria.* Na primeira espécie, não houve o elemento vontade no suporte fático da regra jurídica e, se aquele é necessário à entrada desse no mundo jurídico, negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu* não há. Na segunda espécie, há reserva mental, e a existência ou validade do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu,* não pode depender de elemento volitivo irrelevante: o sistema jurídico é hostil à mentira, ao dolo.

Paulo (L. 3, § 2, D., de *obligationibus et actionibus,* 44, 7) dístinguiu o *per iacuni* (por pilhéria), ou por demonstração, que exclui a entrada do suporte fático no mundo jurídico, quando disse: "... se eu houver dito por brincadeira, ou para demonstrar seu sentido: „prometes"?, e tu responderes: „prometo", não nasce obrigação". A diferença entre essa

espécie (nada de negócio jurídico, ou nada de ato jurídico *stricto sensu)* e o 551

negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu,* não válido, vê-se bem, comparando-se a manifestação de vontade *demanstrandi inteilectus causa,* de que fala Paulo, e a manifestação de vontade do que, sabendo que B, a ocultas da mulher, quer vender a casa de verão, remete oferta de compra, em carta aberta, de modo que a mulher de B a veja: espera que B perceba a pilhéria. As consequências práticas são enormes, e convém toda a atenção.

Quanto à reserva mental, há, se ela ocorre, algo querido e algo não querido, que se oculta; na espécie de não-sério vontade houve, mas não-séria, estranha ao mundo jurídico: se o não-sério é de ter-se por sério, mentalmente se recusou o não-sério.

3. *Esperança de ser conhecida a falta de seriedade.* O art. 85 obriga a que se considere bastante a esperança de que a falta de seriedade seja conhecida, ainda se essa esperança não se expressa em conduta especial; o que é preciso é que não tenha sido escondida de propósito (PY Oertmann, *Alígemeiner Teil,* 2ª ed., 353; contra, H.

lsa~, *Die Willenserklàrung,* 17, e E. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschãfte,* 3ª ed., 15).

4. *Reparação.* O interesse que alguém tem de prestar se a sua manifestação de vontade não se fez ato jurídico, mas outrem, que nela confiou, sofreu dano, é o interesse negativo (R. von ihering, Culpa in contrahendo, *iahrbàcher 11k die Dogmatik,* IV, 16 s., e *Das Schuldmoment im Privatrecht,* 68, nota 73, sem que o fundamento da indenização na culpa seja de aceitar-se: *culpa in contrahendo* é o nome que se dá a uma das espécies de ilícito, ainda sem culpa, no trato da vida; nem o fundamento na *bona fides,* segundo H. Thôl e L.

Goldschmidt, cf. Er. Eisele, Uber Nichtigkeit obligatorischer Verträge, *Jahrhúcher fOr die Dogmatik,* 25, 472; e sem que se possa pensar no contrato "interinal" de H. Schott).

A respeito do assunto da não-seriedade do ato, mais uma vez é preciso atender-se a que, para os juristas romanos, que chamavam nulo ao não-existente, de modo que não valer era não-ser, a distinção entre *nuílitas* e falta de consenso era sem relevância. Não metamos na

terminologia romana pensamento de hoje (cf. E

Drechsler, *Uber den Schadenersatz hei nichtigen Vertràgen,* 54; E. Brehmer, *Rechtliche*

Bedeutung

der

Willenserklãrung irn .Scherz, 42).

§ 441. Transmissão errônea

1. *Erro do manifestante e erro na transmissão.* O erro pode ser do manifestante, que, usando código, trocou as palavras ou números, ou que de outro modo se equivocou, comunicando o que queria: a manifestação de vontade é, aí, diferente da vontade. Pode ser erro do representante ou procurador. Pode ser do órgão da pessoa jurídica, do núncio, do mensageiro, ou do portador de recados. Se a mudança no texto pelo representante ou pelo procurador é consciente e fora dos limites dos poderes (cf. arts. 1.305-1.307), não cabe invocar-se o art.

89: não houve manifestação de vontade do representado ou mandante. Se a mudança de texto, por parte do núncio, mensageiro, ou portador de recados, éconsciente, tampouco se pode invocar o art. 89: não houve manifestação de vontade de quem devia manifestar (E. Assmann, *Die Rechtsstellung des Boten,* 108; L.

Rosenberg, *Stellvertretung* im *Prozess,* 295). Não seria de aludir-se a transmissão inexata ou errônea de manifestação de vontade da pessoa, a que se atribui tal manifestação de vontade: o que se transmitiu foi *outra* vontade, que não existia; a pessoa, a quem se atribui, *não está* no suporte fático. Seria fora de propósito pedir-lhe a anulação. A ação, que ela teria, seria, suficientemente, a declaratória negativa.

Em todo o caso, se o destinatário autorizou o núncio, mensageiro, ou portador de recados, a receber a manifestação de vontade, e a pessoa a entregou, ou comunicou à interposta pessoa, o que aquela manifestou é o que ela quis, ainda que a interposta pessoa diga que nada recebeu, ou que o comunique inexata ou falsamente (A. Voswinkel, Die unsichtigende Übermittlung von Willenserklãrungen durch den

Empfangsboten, *Archiv fOr BOrgerliches Recht,* 32, 396 s.). Idem, em se tratando de portador ou de carta (H.

Rehbein, *Das Blirgerliche Gesetzbuch,* 1, 251).

Ponto assaz importante, quanto ao art. 89 (transmissão errônea), é o de dever de reparação se sobrevém a anulação. Já se contam, na história do direito, alguns casos célebres, como o do Banco Oppenheim, que telegrafou ao Banco Weiller *kaufen* (compramos) e chegou *verkaufen* (vendemos). O interesse negativo éde prestar-se, sem se apurar culpa (G. Rúmelin, Culpahaftung und Kausalhaftung, *Archiu fOr die civilistische* 551

Praxis, 88, 285 **5.;** W. Brock, *Das negative Vertragsinteresse,* 194; GarI von Hase, *Die unrichtige Ubermittlung des* § *120 BGB.,* 19; sem razão, F. Meili, *Das Telegraphenrecht,* 101).

O art. 89 alude ao instrumento (telégrafo, telefone, fonógrafo, televisão, sinais luminosos) e à pessoa intercalar (mensageiro, núncio). Não importa qual a espécie de mensageiro (E. Assmann, *Die Rechtsstellung des Boten,* 74; A. Voswinkel, *Die unrichtige tiibermittelung des* 9 *120 BGB.,* 17). O destinatário de boa-fé tem direito ao interesse negativo. Se houve ato ilícito absoluto do portador (art. 159), cabe a ação de indenização (Th. Schiller, Die *unrichtige (iibermittelung,* 93), podendo ter havido, também, *culpa in eligendo.*

2.

Troca de categorias jurídicas. O art. 89 incide, ainda que se haja comunicado uma categoria de ato juridico, em vez de outra (P. Oedmann, *Alígerneiner Teil,* 372; E. Fleck, Der Bote, *Archiv fOr Búrgerliches Recht,* 15, 397; J. Breit, *Die Geschàftsfdhigkeit,* 157, nota 184; sem razão, *G.* Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 292). Se o recebedor é falsá, mas estava previsto que haveria recebedor, cabe a anulação (em todos os casos, J.

Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 244; certo, J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 505; cp. E. Danz, Verháltnis des Irrtums zur Auslegung, *Jherings Jahrbúcher,* 46, 413). Idem, se o manifestante indicou o destinatário e o mensageiro errou, estando de boa-fé quem recebeu: o ato entra no mundo jurídico e pode ser anulado.

3. *Procurador, representante e núncio.* O art. 89 não incide se a pessoa interposta é procurador, ou representante (P. Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 373; G. Planck, *Kommentar,* 1, 293), e obra dentro ou fora dos poderes outorgados.

Se o núncio, ou serviçal de recados, ou mensageiro, é do destinatário e erra, o ato jurídico vale tal como foi feita a comunicação à interposta pessoa, e não como foi transmitida por essa ao destinatário (O. Warneyer, *Rommentar,* 1, 185). O art. 89 só se refere à pessoa que é interposta pelo manifestante da vontade. Tampouco se pode pensar em invocação do art. 89 se o destinatário entendeu mal a manifestação de vontade (O. Planck, Kom *mentar,* 1, 293).

O art, 89 não incide quando alguém encarrega o núncio, ou mensageiro de recepção, para receber manifestação de vontade, ou comunicação de vontade, de conhecimento ou de sentimento; porque não se trata de transmissão, por instrumento, ou por interposta pessoa, da vontade ou do conhecimento ou do sentimento de quem encarrega, mas sim de transmissão ao *nunciarite* do que o núncio recebeu de outrem (certo, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* III, 360 e nota 162).

O art. 89 nada tem com os procuradores; se o conteúdo foi querido pelo procurador, não importa se correspondeu ou não ao que queria o procurado (E. Riezler, em *J. u. Staudingers Namrnentar,* 1, 7ª-8ª ed., 466). Não se anula por erro o ato se o procurador excedeu os poderes: *a)* ou ele apresentou o instrumento à pessoa com quem tratou (ato de comunicação simples), e não lhe responde pelo excesso; ou não no apresentou, e responde (art. 1.305); *b)* se, conhecendo os poderes da procuração, o terceiro admite o excesso, porque o procurador lhe promete ratificação, ou se responsabilizou (art. 1.306), a anulação seria incabível; *c)* ou o procurador obrou no próprio nome (art. 1.307), e não tem o de que pedir anulação o procurado.

§ 442. O erro tem de ser escusável ou pode ser inescusável?

1. *Verba e* voluntas. A preocupação de captar a vontade, de modo a fazer exsurgir, a cada minuto, o querido, a *voluntas,* com prejuízo das palavras, *verba,* proveio da influência bizantina, Chegou ao auge no

que concernia aos atos jurídicos de última vontade, porém não foi somente ai que se manifestou. Quando, sem se voltar à teoria da prevalência da *voluntas* em frente aos *verba,* que procura "responsabilizar" o que quis e mal se expressou, ou foi autor do engano de outrem, em verdade o que se intenta éatenuar, em seus resultados, a teoria de origem bizantina, que fora demasiado longe, a ponto de se olvidar, de todo, o *uti lingua nuncupassít ita ius esta* das XII Tábuas, a que correspondeu o "um homem, uma palavra" (Em Mann, em Wort) do direito germânico (cf. A. Heusler, *Institutionen,* 1, 60 **5.;** O. Gierke, *Deutsches Privatrechet,* 1, 288).

Na L. 3, § 1, na L. 6 e na L. 9, § 2, D., *de furis et facti ignoran tia,* 22, 6, viu Gerhard Beseler *(Beitróge,* III, 77 e 164), com extraordinário conhecimento dos estilos dos juristas romanos, o que houve de demão dos 551

compiladores no tocante ao pressuposto da escusabilidade do erro. Também E Vassali (luris et facti ignorantia,

.*Studi Senesi,* 23 s.) mostrou o propósito de generalização que a L. 9, § 2, tirada de Paulo, revela; e 5. Perozzi *(Istituziani,* 1, 2ª ed., 148 s.) frisou que o direito clássico ignorou a teoria geral da escusabilidade) Os estudos sobre o conceito de culpa lata, distinto do conceito de dolo, estranho aquele ao direito clássico (só justinianeu, para O. Lenel, Culpa lata und culpa levis, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung,* 38, 266 s., 315 s., cp. L. Mitteis, *Rómisches Privatrecht,* 1, 335 s.) levaram à descoberta do paralelismo entre o conceito de culpa lata e a teoria da escusabilidade (W. Kunkel, Diligentia, *Zeitschrift der Savignº Stiftunq,* 46, 266 s. e 314 s.). É de espantar que, diante dos argumentos e provas, pretenda, agora, Paul Jôrs *(Rôrnisches Recht,* 73 e 74) que tenha sido clássica a teoria. Quanto ao direito justinianeu e pós-justinianeu, nem se pode admitir que os textos mostrem teoria perfeita e completa (A. de Cupis, *La Scusabilitâ dei!' Errore,* 7 s.), nem que se não haja chegado a pôr à base da teoria do erro o pressuposto da escusabilidade *(e.g.,* H. von Holíander, *Zur Lebre vom "Errar",* 137).

Nas fontes, *lustus error* era o erro verdadeiro, o vero erro, e nao o erro com causa justa, ou o erro escusável, que já supôe a influência bizantina. E o *errar probabilis,* expressão que se refere a plano de existência fática, onde as probabilidades se calculam. Lá está na L. 5, § 1, D., *pra suo,* 41, 10, onde Nerácio supôe que o possuidor, para usucapir, se tenha crido dono: embora falsa a crença, o *errar probabilis* não obsta à usucapião, porque, então, tal ignorância de fato alheio é

erro tolerável (quia in alieni facti ignorantia tolerabilis errar est).

2. *Codificações cantemporôneas.* Nas codificações contemporâneas, o Código Civil austríaco (§ 876) repeliu a teoria da escusabilidade-pressuposto, sem que a Novela III, de 19 de março de 1916, art. 88, haja mudado o sentido da regra jurídica. E certo que a doutrina, por vezes, tentou insinuá-la no sistema juridico; mas cedo se apagou o esforço vão.

O Código Comercial brasileiro, no art. 220, falou do erro, sem introduzir a teoria da escusabilidadepressuposto: "... salvo provando-se erro, fraude ou simulação"; bem assim, o Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1950, art. 685. Na *Consolida* ção *das Leis,* notas 14 e 17 dos arts. 355 e 358, Teixeira de Freitas nem, sequer, dá notícia dela; nem a ela aludira Manuel de Almeida e Sousa *(Direita enfitêutico,* 1, 36).

Depois do Código Civil, que deveria ser interpretado como tendo repelido a teoria da escusabilidadepressuposto, Clóvis Beviláqua *(Código Civil comentado,* 1, 356) e Eduardo Espínola *(Manual, III, 1,* 215 s.) entenderam importá-la, mas aquele argumentou com a L. 15, § 1, D., de *cantrahenda emptione,* 18, 1, cujo conteúdo desconhecia (pois ali só se dá o critério para se saber se houve erro: "Ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit"), e esse só se procurou firmar na doutrina italiana e argentina. Ora, essa é em torno de regra jurídica explícita, de que adiante se fala; e aquela, destoante da tradição legislativa anterior à unificação (Código Albertino, art. 1.197; Código do Reino das Duas Sicílias, Parte primeira, art. 1.064; Código Parmense, art. 1.083), longe esteve de ser assente *(e.g.,* R. Fubini, Errore, *Enciclopedia Giuridica Italiana,* 440; B. Brugi, *Istituziani,* 237; Piola, Errore, *Digesto Italiano,* X, 529 **5.;** G. Rotondi, Negozio giuridico, *Dizianario Pratico,* IV, 29; Berio, La "culpa in contrahendo", *Fora Italiano,* 1933, 1, 1509).

O Código Civil brasileiro não distinguiu. A escusabilidade não é pressuposto da anulabilidade. Se houve erro, embora tido por inescusável, há a anulabilidade. Nem se exigiu ausência de culpa.

Se a coisa é litigiosa, ou está sendo executada, o direito brasileiro protege o litigante, ou exeqúente, sem precisar da distinção entre *ignarantia facti iusta* e *ignorantia facti supina (J.* Cujacio, *Opera,* V, 765,

e os demais). Por outro lado, se não houve erro na vontade, e sim ausência de vontade, a questão da escusabilidade seria impertinente. O Código Civil argentino, art. 929, o Código Civil japonês, § 95, e o Código Civil e Comercial do Siáo, art. 119, excluiram a invalidade pelo erro supino, ou inescusável. O Código suíço das Obrigações, art. 26, II) alínea, cogitou da responsabilidade pela *culpa* no erro, se o outro figurante o desconhecia, ou não tinha o dever de o conhecer. Também assim, o Código Civil soviético, art. 151. O Código Civil argentino, art. 929, esse, sim, pôs a escusabilidade, abertamente, como pressuposto da invalidade: "El errar de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pera no podrá alegarse cuando la ignorancia deI verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable." Foi o eco deturpado da L. 3, § 1, D., *de iuris et de facti ignorantia,* 22, 6, das L. 6 e 9, § 2, e do *Esbôço,* art. 466 ("A ignorância ou erro de fato não aproveitará aos agentes, sempre que da parte deles tenha havido negligência ou imprudência, sem a qual o ato ilícito não teria sido praticado"):

Teixeira de Freitas de modo nenhum fizera da escusabilidade pressuposto da anulabilidade; os arts. 461-463

foram exaustivos, e os arts. 462-466 só se referiam a atos ilícitos. No velho Código Civil chinês, art. 88, também se insinuou a teoria da escusabilidadepressuposto. No direito inglês, o *estappel,* ao se alegar a culpa do errante, funciona, não como exceção, e sim como objeção.

O grande combate legislativo foi por ocasião do Código Civil alemão, que ia receber a herança pós-justinianéia *(Motive,* 1, 196 s.); mas a reação de O. Gierke (Der Entwurf, *Schmollers iahrbuch,* 13, 181 s.) e O.

Bähr (Entfurt, *Kritische Vierteljahrschrift,* 11, 335 s.) foi decisiva. O errante presta o interesse negativo, sem se entrar na apreciação das culpas.

No vigente Código Civil italiano, art. 1.428, o erro é causa de anulação do contrato quando é essencial e é reconhecível pelo outro contraente ("quando ê essenziale ed ê riconoscibile dalíaltro contraente"). A despeito do art. 1.108 do Código Civil italiano revogado, parte da doutrina chegava ao mesmo resultado, mas sem razão, e os próprios declaracionistas não ousaram ir até aí *(e.g., G.*

Venezian, LErrore ostativo, *Opere giuridiche,* 1, 504 s.). O requisito da recognição ou conhecimento seria deturpador da figura jurídica do erro invalidante; não assim o da recognoscibilidade, a que a lei italiana deu acolhida. De *lege ferenda,* não havia razão para isso: primeiro, porque o erro do figurante não se torna menos merecedor de atenção, para se atender ao que teria querido, se conhecesse, quando o outro figurante o podia conhecer; segundo, faz depender de mais uma apreciação difícil a desconstituição do ato jurídico.

O problema da responsabilidade pelo fato de causar a anulação, levando ao dever de prestar o interesse negativo, é *outro* problema. A solução que o funda na culpa contratual seria absurda: não há o ato jurídico, pois que se anulou. A que o funda na culpa pelo ilícito absoluto (arts. 159 e 160) teria melhores argumentos, sem se precisar invocar a equidade e a *actio in factum,* como R. Pothier *(Oeuvres,* 1, 8). Em verdade, pode haver a responsabilidade pela culpa (arts. 159 e 160); e a responsabilidade pelo interesse negativo, ainda sem culpa.

3. *Crítica aos argumentas* de lege ferenda. Tentou-se sustentar que, para se atender aos interesses dos dois contraentes, o requisito da escusabilidade seria imprescindível. Ou ele, ou o da reconhecibilidade, ou o da probabilidade, atenuavam outros juristas. O argumento maior era o de se considerar, com a exigência de ser escusável o erro, a conduta do que manifestou a vontade. No fundo, o que se desejava era chegar, por algum caminho, à apuração da culpa, — hábito mental que levou o legislador argentino (art. 929) a tresler o Esbôço de Teixeira de Freitas, art. 466 (só referente a ato ilícito), como regra jurídica sobre anulação de atos jurídicos lícitos. O que importa, para se conferir a ação de anulação por erro, é que tenha, realmente, havido o erro. Erro pode haver, digno de se considerar elemento do suporte fático dos arts. 86-91, ainda que inescusável; porque essa inescusabilidade éna *dimensão ética,* e não na *dimensão jurídica.* Na dimensão jurídica, o ato de manifestar a vontade, com culpa no erro, nada tem com a pretensão constitutiva negativa, se bem que, produzindo-se, com a desconstituição do ato jurídico, os danos derivados de não se ter levado a cabo a eficácia do negócio, *passa* dar causa a indenização dos interesses negativos, o que se presta ainda se não houve culpa.

E ainda se inescusável o erro, se não houve engano, se não houve ciência do vício, e se não houve dolo. A culpa, que se perfaça, bastaria e seria necessária à invocação dos arts. 159 e 160. Quanto à prestação

do interesse negativo, a questão é outra: não se pode falar de culpa contratual, — não há *mais* contrato; exatamente da anulação do contrato é que resultaram os danos; nem, sequer, de ser preciso ter havido culpa.

Aliás, o erro pode ser escusável e ter havido culpa do que manifestou a vontade. A reparação, como dever e obrigação do que teve culpa no errar, obtém a conciliação de interesses que a introdução do pressuposto da escusabilidade não obteria. Mais ainda a reparação sem se exigir ter havido culpa. Se a culpa atingiu a categoria de dolo, erro não houve, porque errar com o propósito de errar não é errar. O outro figurante é que teria a ação constitutiva negativa pelo dolo. Se a culpa não chega àquela intensidade, há o ilícito absoluto dos arts. 159 e 160. No direito civil alemão, § 122, o ressarcimento é independente da culpa; para isso, não-seria preciso regra jurídica explícita, porque se, a respeito de anulação por erro, a culpa é irrelevante, e, para a reparação do dano por ilicitude, é elemento necessário do suporte fático do art. 159, o interesse negativo pode ser prestado sem culpa. O ato ilícito, no caso de invocação do art. 159, foi a manifestação de vontade viciada, por culpa do agente. O dever de ressarcimento nada tem com o negócio jurídico em si; nasce da *iniuria,* quer se trate de decretação de nulidade, quer de anulação.

Muito diferente é a reparação por ter o errante causado, com o seu erro, o prejuízo, devendo prestar o interesse negativo. Aqui, sem que o outro contraente haja concorrido para o erro, sofre ele o prejuízo, devido ao ato do errante, em declarar, ou em aceitar, ou, em geral, manifestando vontade.

551

4. *Prova do erro e anulação.* Quando a prova do erro não épossível, não se pode decretar a anulação. Ainda que erro tivesse havido, não teve ele os elementos fáticos suficientes para se considerar vício da vontade. O

direito tem de tomar como não existente, no passado, o que existiu se bem que não se possa provar; o que em verdade se passa é que se fez dependente de processo e sentença a decretação da anulação e o autos com o ônus de afirmar e provar, afirmou, e não provou. (Quando os juristas procuraram fundar a teoria da escusabilidade-pressuposto na

improbabilidade, ou na impossibilidade de prova, não perceberam a grave confusão de conceitos em que incorriam: o erro inescusável pode provar-se, cf. L. Pininski, *Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs,* 412. Por outro lado, o erro inescusável é erro, como o escusável; sem razão, Hesse, Zur Lehre von *dalus* und *culpa, Archiu for die civilistische Praxis,* 61, 272. Daí poder e dever a técnica legislativa abstrair da não-escusabilidade.)

5. *As teorias da vontade e da declaração; interpretação e erro.* Procurou-se ver a discussão sobre a escusabilidade-pressuposto como reflexo da discussão sobre a teoria da vontade e a da declaração. Em verdade, aquela ocorre dentro da teoria da vontade.

A interpretação, que deve preceder à formulação do pedido de anulação por erro, há de ter sido feita, antes, pelo que errou; porque somente sabendo o que resultaria da interpretação da vontade *viciada,* em discordância com a interpretação da vontade, se não tivesse havido vício, é que poderia saber que errou. Não é certo que só se tenha de procurar a vontade interna: se assim fosse, essa predominaria sobre a vontade viciada e não haveria razão para se anular, e sim para se levar aos extremos a teoria da vontade. Exatamente porque a lei não admite que até aí se chegue, resolve-se a dificuldade, que a discordância entre o querer viciado e o querer interno, não-viciado, cria, pela anulação do ato jurídico. Menores discordâncias afastam-se com a preponderância da interpretação da vontade *real,* que se quis manifestar (art. 85). Há, sempre, elemento externo (manifestação, declaração), sem o qual as vontades ficam no íntimo, inexteriorizadas. Tal elemento, nas espécies do art. 85, é duplo, pois serve à interpretação, que seria a literal, e serve à interpretação, que revela a intenção. Nas espécies dos mis. 86-91, pode ser duplo, mas há a preponderância de interpretação, que faria o agente ter querido o que não quis. A técnica legislativa andou acertada, porque o ato jurídico existe, e não é nulo: o vício apenas dá a base para se pedir a anulação. Para se chegar a esse acerto, longo caminho de evolução se percorreu: se houve erro, a prova de que o houve e dos mais pressupostos basta a que se desconstitua o ato jurídico. Éaqui que vem a calhar a expressão "contradireito", *Gegenrecht* (cf. A. Manigk, Das System der juristischen Handlungen, *(Jherings JahrbOcher fOr die Dogmatik,* 90): o ato entra no mundo jurídico, e aí produz os seus efeitos; até que a sentença, atendendo ao direito de desconstituição, o desconstitua.

§ 443. A culpa e a recognoscibilidade pela outra parte não são pressupostos

1. *Culpa e erra; erro com culpa.* Tenha tido culpa, ou não, em errar, o que errou, tem ele, uma vez que se compôs o suporte fático que as regras jurídicas dos arts. 86-91 apontam, a ação de anulação. Tal a solução do Código Civil, na esteira dos sistemas jurídicos. Isso não importa em dizer-se que culpa e erro não possam coexistir Poder-se-ia, sem contradição, exigir o elemento da culpa; mas repele tal solução *de iure condenda* a consideração da inconveniência de se apurar a culpa e não-culpa de quem erra. Seja como for, de modo nenhum, no direito brasileiro, se há de inquirir da culpa. Se está em causa a responsabilidade pelos danos, por parte do errante culpado, o problema é diferente. A sanção da invalidade abstrai da culpa e da inescusabilidade, que, para as regras jurídicas sobre erro invalidante, são fatos do mundo moral.

2. *Erro e conhecimento da erro.* O figurante, que erra, conceptualmente e por definição, não conhece o erro; erro, conhece, seria absurdo. O outro figurante pode conhecer, que se ou não, o erro daquele com quem tratou.

Se o conhece e procede com dolo, o que errou tem duas ações, — a de desconstituição do ato jurídico por erro e a de desconstituição do ato jurídico pelo dolo. É possível, porém, que o conhecimento do outro figurante não chegue a tal ponto; e a ação única do errante seja, portanto, a constitutiva negativa por erro. Ainda se o outro figurante desconhecia, ou não-seria provável, sequer, que conhecesse, a ação de anulação por erro cabe. Isso significa que não se tem, no direito brasileiro, a propósito de anulabilidade por erro, o pressuposto da recognoscibilidade, que a nova legislação italiana admitiu. contido no pedido de anulação por dolo o pedido de 551

anulação por erro. Trata-se de interpretação da petição inicial.

3. *Extinção da anulabilidade.* A anulabilidade extingue-se, se, por posterior manifestação de vontade, o que errou *ratifica* o ato jurídico, ou *renuncia* à ação *(aliter,* se apenas *desiste da "ação").* O que foi viciadamente querido deixa, então, de ter o vício; ou o que foi manifestado sem ser querido passa a ter sido querido.

4.Atos jurídicos processuais. Os atos jurídicos processuais não são anuláveis por erro, salvo se se trata de ato juridico a que se exigiu decisão simplesmente homologatária.

§ 444. Alcance da anulabilidade

1. *Erro e todo do ato jurídico.* A anulabilidade alcança *toda* o ato jurídico, mesmo porque o erro sobre "ponto-não-principal", ou sobre causa remota, ou objeto mediato, não é invalidante. Ato de entrada de sócio, ou de aumento de capital, por isso que interessa a terceiros, não pode ser anulado por erro. É difícil ocorrer a incidência do art. 153; porém não impossível (E. Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8ª-9ª ed., 368, nota 14; P.

Oertmann, *Alígemeiner Teil,* 369). Cada figurante, que errou, pode pedir a anulação, no que lhe concerne; não é de exigir-se que todos a peçam, ainda que a eficácia atinja, pluripessoalmente, o ato jurídico (G. Planck, *Nommentar,* 1, 4ª ed., 281; C. Crome, *System,* 1, 349; E. Eck, *Vortrage,* 1, 128; sem razão, E. Hôlder, *Alíqemeiner Teil,* 319; 1(. Hellwig, *Anspruch und Klaqrecht,* 189, nota 29). Se o erro foi *em comum,* há litisconsórcio necessário.

2. *Anulabilidade por dolo e anulabilidade por erro.* Na dúvida, a anulabilidade por dolo contém a anulabilidade por erro, de modo que, decidindo-se sobre esse, se decide sobre aquele. Daí não se tire que o juiz pode, de ofício, conhecer da anulabilidade por erro, se a anulabilidade por dolo foi pedida: o que ele pode é considerarcontido no pedido de anulação por dolo o pedido de anulação por erro. Trata-se de interpretação da petição inicial.

5. *Nulidade e anulabilidade.* Se o ato jurídico, em que houve erro, também é nulo, primeiro se julga a nulidade; idem, se éineficaz para o outro figurante. A discussão sobre a anulabilidade, ou não-anulabilidade, do ato jurídico nulo perde quase todo o interesse se a nulidade pode ser apreciada de ofício (excluem a anulabilidade E. Riezler, em *J. v. Staudingers Rammentar,* 1, 7ª-8ª ed., 466, G. Planck, *Nommentar,* 1, 4ª ed., 280, e R. Leonhard, Beitrãge zur lrrtumslehre, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 10, 20; admite-a 1h. Kipp, Uber Doppelwirkungen im Recht, insbesondere Uber die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, *Festschrift for* E v. Martitz, 224).

Também não pode ser intentada ação de anulação por erro se foi proposta a de vícios redibitórios ou a *quanti minoris* (arts. 1.101-1.106; G. Planck, *Rornmentar,* 1, 4ª ed., 287; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 183).

Todavia, cabe o *princípio de eventualidade,* em pedido alternativo (ou a anulação, ou a redibição ou o abatimento). Se a coisa ainda não foi entregue, a propositura da ação de anulação por erro não obsta a que, se houve conveniência em recebê-la com ressalva, se proponha, à parte, a de redibição ou a de abatimento no preço.

Não há incompatibilidade entre a ação de anulação por erro e a de fraude contra credores (arts. 106-113).

§ 445. Ação de anulação

1. *Ação anulatória e sua eficácia.* A ação de anulação por erro é, como as demais, constitutiva negativa. Nasce, se o ato se praticou, ignorando o manifestante o que seria "substancial" ao ato jurídico; isto é, se cabe em qualquer das espécies dos arts. 86-90 e o manifestante não o teria praticado se o conhecesse. Não bastaria a apreciação razoável do caso (elemento objetivo), sem se inquirir de como teria agido o manifestante. O que é preciso é *a)* que o caso entre numa das espécies e *b)* que se afirme e prove que o manifestante não teria querido o ato, se soubesse. Se houve ato jurídico causal e negócio de adimplemento, faz-se mister que se não 551

conhecesse o erro ao tempo de se adimplir; salvo se se ressalvou a propositura da ação de anulação. O

manifestante pode ter interesse em não deixar de adimplir, a despeito da anulabilidade; mas há de afastar a possibilidade de se lhe interpretar o adimplemento como renúncia tácita (art. 161).

No direito alemão, a *impugnação* é por meio de manifestação recepticia de vontade. Os sistemas jurídicos francês, inglês, austríaco e outros têm a *ação de anulação.*

2. *Onus da prova.* O autor tem de afirmar e provar erro que se insira

numa das espécies dos arts. 86-90; bem como afirmar e provar que, se tivesse conhecido o fato, não teria manifestado a vontade. O réu pode afirmar e provar a prescrição, a renúncia, ou a ratificação, inclusive segundo o princípio da eventualidade. Se alega que o autor conheceu o vício ao tempo do ato, cabe-lhe o ônus da prova (E Oertmann, *Alígemeiner Teil,* 369; 1-1.

Rehbein, *Das Borgerliche Gesetzbuch,* 1, 147; sem razão, 1k Leonhard, *Die Beweislast,* 310).

3. *Eficácia* erga omnes. A anulação desconstitui o ato eficácia da sentença é *erga omnes.* Se, na contestação, alega que entendera o ato, tal como o queria o autor, se pode prontificar-se a admiti-lo como o quer o autor Não temos o art. 25, alínea 2ª, do Código federal suíço das Obrigações: "Ela (a parte que foi vítima de erro) fica obrigada pelo contrato que ela entendia fazer, se a outra parte se declara pronta a executá-lo." Nem no tem o direito civil alemão; donde a opinião de O. Gradenwitz *(Anfechtung und Reurecht,* 74 s.), E Regelsberger (Gesetz und Rechtsanwendung, *Jherings Jahrbúcher,* 58, 155 s.) e Uhlmann (lrrtum, veränderte Umstãnde u.

"Geschãftsgrundlage", *Leipziger Zeitschrift,* 25, 1943), que o afirmam; e L. Enneccerus *(Lehrhuch,* 1, 431), que o nega. *De lege candenda,* seria recomendável a regra jurídica; de lege *lata,* não na temos. Certo, prontificando-se a cumprir o negócio jurídico, o réu dá ensejo a que o autor aceite a sua oferta; mas não é esse obrigado a manter o que em verdade pensava, se o réu assim não entendeu a manifestação de vontade, ou, pelo menos na contestação, não no disse. Se A compra a B a casa, crendo que eram mobiliados todos os quartos, pois que se disse mobiliada, apode argúir a anulabilidade? Se a argúi, não é obrigado a ficar com ela, se E se prontifica a mobiliar os restantes. Seria injusto (de acordo com o Código Civil) decidir-se diferentemente, pois A pode ter precisado comprar outra que lhe servisse,

4. *Questões prévias.* Se não houve consciência do ato, como elemento de ato jurídico, como se só se quis a aparência, e não o ato jurídico, não há pensar-se em erro, porque seria dos outros, e não do que praticou o ato somente fático (sem razão, E. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschàft,* 264). Se A assinou em branco e alguém encheu, A pode alegar e provar que somente assinara para que o gravador lhe copiasse a assinatura e esse, criminosamente, Lançará a declaração de vontade. Não houve erro. Se A assinou no anverso da letra de câmbio, por

pensar que ai figuraria como endossante, manifestou, de direito, a vontade: fez-se avalista, e não endossante. O direito não diz, escrevia (1. Kahler (Studien tiber Mentalreservation, *fOr die Jahrbàcher Dogma tik* 16, 331), "queira tal efeito jurídico e assegurá-lo-ei", mas sim: "subscreva o ato que terá tal efeito e assegurá-lo-ei, tenha-o querido ou não"; mas há de supor-se que quis assinar o que assinou. Por isso, o erro é apenas causa de anulação. Mas, para haver erro, é preciso que tenha havido vontade: se A chama a B ao telefone, para oferta, e C, dizendo-se B, aceita-a, não há ação de anulação, porque B nada aceitou; se A quer anular, porque C aceitou, sem dizer quem atendia ao telefone, tem de invocar o art. 88. Se o ato jurídico por alguma causa é nulo, como se houve infração de forma especial, ou se era e é impossível a prestação, primeiro se há de decidir a questão da nulidade, porque não há anulação do ato jurídico nulo (1 Brons, § 119 *des BOr-gerlichen Gesetzbuchs,* 58); e o juiz, de ofício, pode decidi-la, sem que o escuse de levantá-la e decidi-la o fato de ser mais obscura, ou difícil, a questão da nulidade que a da anulabilidade. Se houve coisa julgada contra a anulação, sem ter sido discutida e resolvida a questão sobre nulidade, a coisa julgada não é óbice à discussão da nulidade.

§ 446. Prescrição da ação de anulação

1.O *Código Civil, art. 178,* § 9ª, V, *b.* A ação de anulação por erro prescreve em quatro anos, contados do dia em que se realizou o ato jurídico (art. 178, § 99, V, *b.* Tem o manifestante da vontade esse tempo para descobrir o próprio erro e propor a ação.

2. *Posição do demandado.* Se o demandado entendeu o ato jurídico de tal modo que teria sido bem manifestado 551

o que quis a pessoa que errou, não há discrepância entre declaração e vontade *no plano jurídico,* porque, nas manifestações de vontade, mais se há de atender à sua intenção que ao sentido literal da linguagem (art. 85).

Se o que diz ter errado propõe a ação, o réu pode afirmar, até à contestação, inclusive, que consentiu no que aquele em verdade queria. O ato juridico existe e vale (sem razão, H. Titze, *Die Lehre* vom

Missvertãndn is, 126 s.). Se o que errou crê, erradamente, que o outro figurante advertira no erro e consentira no que quis, verdadeiramente, o manifestante, a prescrição corre contra esse, porque lhe é imputável o segundo erro (G.

Planck, *Kommentar,* 1, Q ed., 278; sem razão, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 430), se havia razão de crer.

3. *Órgão, núncio, mensageira e instumento.* No direito brasileiro, não se distinguem, para a prescrição, os casos em que o erro foi oriundo do manifestante e os em que foi o órgão, o instrumento, ou o mensageiro, a pessoa interposta, que manifestou a vontade. *De iure condendo,* melhor seria que o prazo de prescrição somente começasse, em caso de falsa transmissão, da ciência pelo manifestante. *De lege lata,* o art. 178, § 9ª, V, 1,, incide em quaisquer casos. Ainda assim, se o que pensa ter errado não sabe qual a interpretação que o outro ou os outros figurantes dão ao ato jurídico, — ou comunica a sua interpretação e solicita resposta, ou suscita, por meio de ação declaratória, a interpretação. Para evitar que se consume a prescrição, há de *protestar,* com o que, então, a interrompe (art. 172, II). Esse protesto pode ser feito no processo da ação condenatória, ou executiva, que mova o outro figurante, ou fora dele, para que, no caso de vir a ser diferente da sua a interpretação fixada pela sentença, se exerça a ação de anulação por erro. No processo executivo de títulos não-sentenciais, pode ser matéria de defesa do executado a alegação da anulabilidade por erro.

§ 447. Restituição

1. *Restabelecimento do estado anterior.* A restituição, de que cogita o art. 158, é o restabelecimento do estado ao tempo da prática do ato jurídico. Uma vez que se desconstitui, tem-se de repor o que se retirou, de um patrimônio para outro.

2. *Sentença anulatória e eficácia.* A eficácia da sentença de anulação por erro é constitutiva negativa. Não tem carga forte de declarativídade, nem eficácia constitutiva positiva, com que possa dar por existente o que o manifestante quis, ou teria querido (qualidades

essenciais), nem, tampouco, para constituir qualquer ato, que faça as vezes do anulado. Se A quis comprar o relógio *a,* e B lhe vendeu, em vez do relógio *a,* o relógio *b, à* anulação da venda e compra do relógio *b* não se segue declaração de que se vendeu *a,* nem, *a fortiori,* constituição positiva da venda e compra *a.* Idem, quanto à anulação da venda e compra a B, se houve erro quanto à pessoa (B, em vez de C). Se houve erro na transmissão (art. 89), a sentença que anule a venda e compra de x, pois o telegrama, ou mensageiro, disse x + y, em vez de x, não constitui o contrato por x. anulase quanto a x + y; e não somente quanto a v (sem razão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* II, 590 s.), reduzindo-se; mas há redução se houve concordância *separada* quanto a *x (e.g.,* doou + y, por erro; anula-se y, porque é corrente e acorde com a vida que o donatário de x + y também aceitou x).

Se houve ato de transmissão, abstrato, em adimplemento de obrigação oriunda de ato jurídico anulado, a anulação não atinge a esse: apenas nasce ao figurante, que errou, a ação de restituição com base no art. 158

(condictio ob causam finitam). Não há reivindicação, porque não tem eficácia *real* a anulação, salvo se o ato jurídico de disposição também era anulável e foi anulado *(e.g.,* executou o contrato de venda e compra da coisa *a,* entregando a coisa *b,* que fora indicada no telegrama).

Se, antes da sentença de anulação, se decide, com trânsito em julgado, pela redibição da coisa, não mais se pode pedir ou obter anulação do que não mais é e deixou de ser sem ser julgado inválido. Se, antes da sentença de redibição, se decide, com trânsito em julgado, pela anulação, não mais se pode redibir, invocando-se negócio jurídico que foi anulado e, portanto, não é mais (M. Wilm, *Die im \/erkehr ais wesentlich angesehenen Eigenschaften,* 31). Não se pode enjeitar quando já se tem de restituir (art. 158).

§ 448. Indenização do interesse negativo

1. *Responsabilidade pelo interesse negativa.* Anulado o ato jurídico, dá-se a restituição do que receberam os figurantes e, se isso não mais é possível, cabe indenização (art. 158). Discutiu-se nos séculos passados se o que foi vítima de erro havia de indenizar o réu pelos danos sofridos por haver confiado na validade do ato jurídico (interesse negativo ou interesse de confiança). A questão nada tem com o art. 158, que somente concerne à restituição do que se recebeu. Tem-se, portanto, de percorrer a doutrina e de procurar a solução mais acorde com o sistema jurídico brasileiro.

a) A primeira solução é a que se disse resultar das fontes romanas, quase todas, aliás, interpoladas, segundo as quais quem vende coisa inalienável, ou herança ou coisa inexistente, tem de prestar o *interesse negativo* (expressão de R. von Jhering, Culpa in contrahendo, *Jahrbocher for die Dogmatik,* IV, 16 s.), porque: se alguém emite manifestação de vontade, na qual outrem confia, como um dos elementos fáticos de ato jurídico existente, há de responder pelos danos que *isso* produza. Na L. 8, § 1, D., *de religiosis,* 11, 7

(Ulpiano), fala-se da venda de lugar religioso como puro e de dar o Pretor contra o vendedor a ação *in factum;* na L. 62, § 1, D., *de contrabenda emptione,* 18, 1, Modestino disse que o comprador de lugar sagrado, ou religioso, ou público, ignorando-o, tem contra o vendedor a ação de compra *(ex empto... expedietur),* para conseguir o interesse negativo: "Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur"; na L. 8 e na L. 9, D., *de hereditate vel actione vendita,* 18, 4, Javoleno e Paulo cogitaram do principio, quanto à herança que não pertencia ao vendedor. A segurança do tráfico é que importa. A responsabilidade, qual se deduz do texto de Modestino, é ainda sem culpa.

Pensar-se em pacto tácito de garantia, que estivesse presente a toda promessa, ou aceitação, seria artificial. Portanto, não se pode aludir a qualquer culpa por infração de negócio jurídico. Resta saber-se em que se fundaria a responsabilidade do que causou danos, com a alegação e posterior decretação da anulação por erro: *a)* se na culpa; ou *b)* se, também, sem culpa. Fora de discussão havemos de pôr, desde logo, a opinião de G. P. Chironi e L. AbelIo *(Trattato,* 1, 478 s.), que admitiam a responsabilidade (objetiva), através de presunção *juris et de iure* de inescusabilidade (!) e a assunção tácita do dever de garantir, que o

próprio E.

Windscheid abandonou. A favor da responsabilidade somente pela culpa está o argumento de que tal responsabilidade sem culpa éexcepcional e falta a *lex specialis.* Mas logo se redargúi que o direito ofendido é, primariamente, o direito de liberdade. O argumento levaria a redigir-se regra jurídica especial (Código Civil alemão, § 122), ou a explicitar-se, doutrinariamente, a regra jurídica. Terceira posição foi a do legislador suíço, que não abstraiu da culpa (art. 26), tendo redigido a regra jurídica, que assim passou a ser caso especial da indenização por culpa.

b) R. von Jhering (Culpa in contrahendo, *JahrbOcher for die Dogmatik,* IV, 16 s.) fundava a responsabilidade na culpa *in contrahendo,* — o que pareceu a O. Bãhr (Uber lrrungen im Kontrahiren, *JahrbOcher fOr die Dogmatik,* 14, 422) "impraticável"; bem assim, a E. Windscheid *(Lehrbuch,* II, T ed., 156, nota 5).

c) Terceira opinião é a que nega qualquer responsabilidade, salvo por ato ilícito absoluto, segundo o art.

159.

d) Preliminarmente, elimine-se qualquer responsabilidade em caso de erro de declaração de última vontade, ainda que haja danos positivos. Se se trata de manifestações de vontade entre vivos não-receptícias *(e.g.,* promessa de recompensa, art. 1.514, 2ª alínea), qualquer prejudicado tem a ação de ressarcimento. Se se trata de manifestações de vontade recepticias, só o destinatário tem a ação.

2. *Transmissão errônea.* Se a anulação se pediu por transmissão errônea da vontade, por instrumento (telégrafo, telefone, carta), ou por interposta pessoa (núncio, mensageiro, correio particular), tal como prevê o art. 89, o autor da ação tem o dever de reparar o interesse negativo, ainda que não tenha culpa: quem escolhe o meio é que acarreta com os riscos. Se A envia telegrama a B, dizendo "fecho negócio por x reais", e o telegrafista transmite "fecho o negócio por 2 x", A responde pelo interesse negativo, se pede a anulação por erro. No direito suíço (Código suíço das Obrigações, art. 27), porque A não cometeu negligência, não responde. Pretendeu-se obviar ao desacerto da solução, invocando-se a responsabilidade pelo fato do preposto,

ou empregado; mas o telegrafista não é empregado do expedidor. O expedidor há de responder pelo interesse negativo, se pede a anulação. Daí o acerto do § 122 do Código Civil alemão, que está na linha histórica que vem do direito romano.

Capítulo V

Dolo

§ 449. Conceito de dolo

1.Dolus malus. *Do la,* causa de não-validade dos atos jurídicos, éo ato, positivo, ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantém, ou se confirma outrem em representação errônea. Originariamente, ao dolo não era imanente a reprovabilidade moral, pelo menos na linguagem leiga (exemplos tirados dos cômicos em A.Pernice, *Labeo,* II, 1, 2? ed., 136). Dai a expressão *dolus malus,* que perdurou. Nem lhe era imanente o ser consciente, o haver a intenção má (sciens dolo maio). Dolo, nos arts. 92-97, éo enganar, consciente. Não é preciso que consista em comunicação direta de conhecimento (palavras, escritos, gestos); pode consistir em ocultação de defeito, ou resultar de outra omissão, ou de atos positivos, ou negativos, ou positivos e negativos, que levem, ou concorram, ou mantenham em informação errônea a outra pessoa. Pode, outrossim, provir de deformação dos fatos, ou de incompleta referência, ou alusão parcial, ou de utilização de informes de outrem que sejam falsos. O silêncio consciente basta: *a)* se há dever de informar *(e.g.,* no mandato, na locação de serviços, na gestão de negócios); *b)* se, conforme os usos, a comunicação tinha de fazer-se; *c)* se era de se supor, pelas circunstâncias, que o silêncio significava afirmação, ou negação. De ordinário, o dever de informar, na espécie *b),* pode ser menos componível em certas espécies de relações jurídicas do que em outras (mais frequentes na sociedade, no mandato e nos seguros do que no arrendamento e na venda e compra).

Por outro lado, não bastam para enganar os reclames espalhafatosos *(e.g.,* a melhor geladeira do mundo, o me!hor café do Brasil, a lâmina que não se gasta), ou vagos, ou imprecisos.

2. *Dolo, causa de anulabilidade.* Como todas as causas de nulidade ou de anulabilidade, o dolo há de existir, pelo menos, desde a conclusão do ato jurídico, porque nulidade e anulabilidade são défices no suporte fático, lógica e cronologicamente anterior ao ato jurídico, que, com a entrada dele no mundo jurídico, se cria. O dolo posterior não é, sequer, assimilável ao dolo acidental (art. 93), que também é, pelo menos, contemporâneo da composição do suporte fático (alusão

errada â assimilação, pela 1? Turma do Supremo Tribunal Federal, a 31

de agosto de 1942, RT 148/ 379). Dolo posterior ou é ato ilícito relativo *(e.g.,* arts. 1.057 e 1.060), ou absoluto (art. 159), com a conseqúente irradiação de efeitos (prestação de perdas e danos; reparação dos danos).

No direito brasileiro, o dolo é apenas causa de anulabilidade. Afastou-se dos sistemas jurídicos que o têm como causa de nulidade; *a fortiori,* de inexistência.

Já contra a nulidade dos atos jurídicos por dolo, entre outros, E Regelsberger *(PendeR ten,* 1, 535 s.**;** F.

von Ziegler, *Uber Betrug beim Vertragabschlusse,* 24 s.**;** E von Savigny, .*System,* III, § 115; G. von Keudell, *Uber die Wirkungen des Betrugs,* 17 s.).

No direito penal romano, até o tempo de Adriano, o dolo não importava, como em direito privado, em delito; era apenas elemento do suporte fático do delito. O *stellionatus,* como *crimen extraordinarium,* passou a ser o delito, ao lado da actio *dcli* do direito civil, dando o conceito hodierno da figura penal (cf. A. Pernice, *Labeo,* II, 2ª ed., 207; Th. Mommsen, *Rõmisches Strafrecht,* 668 e 680; E von Liszt, *Lehrbuch,* 5ª ed., 485).

Como a *actio dali,* a ação penal pelo dolo somente cabia se outra não houvesse (L. 1, § 3, D., *stellionatus,* 47, 20). Mas o dolo, no direito privado romano, era de conceito mais vasto e no velho conceito se pretende fundar a exceção de dolo presente ou geral, cuja existência mesma se discute. Assunto, esse, tratado nesta obra.

3. *Dolo causal e dolo incidental.* O que caracteriza o dolo, nos arts. 92-97, é o emprego da própria vontade para iludir. Nos *negatia stricti iuris,* que hoje não temos no sentido do direito romano, não era causa de inexistência, nem dava ação contra o negócio jurídico, salvo se inserta a *clausula dali,* da qual nascia ao enganado a *actio ex stipulatu.* Nos *contractus bona fidei,* a doutrina dominante distinguia o *dolus causam dans* 551

e o *dolus incidens,* com as consequências, respectivamente, da inexistência (nuílitas) e da ação de indenização.

Houve escritores que pretenderam que o *dolus incidens* também atingisse o ato (desde G. Noodt, *De forma emendandi dali mali,* cap. 14, em *Opera amn* ia); e Ph. Lotmar *(Der unmoralische Vertrag,* 52) somente admitia a não-entrada no mundo jurídico para alguns negócios imorais. A distinção, quanto às consequências, foi posterior, porque a boa-fé era peculiar ao negócio, mas para a *excep tio;* bem como a distinção entre dolo *causam dans* e dolo *incidens.*

A distinção entre *dolus causam dans* e *dolus incidens* veio-nos dos glosadores e foi mérito de G. Noodt combatê-la, por ser estranha ao direito romano, como a teoria da *nuílitas* por dolo, ou pelo dolo causal, a despeito de tantos pandectistas do nosso tempo a admitirem *(e.g.,* F. Regelsberger, *Pandekten,* 1, 537 s.; contra, H. Dernburg, *Pandekten,* 1, ? ed., § 104, 245; Paul Jãrs

—

W. Kunkel, Rómisches *Privatrecht,* 110). A L. 7, *pr.,* D., *de dolo maio,* 4, 3, que C. G. Burchardi *(Die Lehre uon der Wiedereinsetzung,* 343 s.) tão bem interpretou, não permite que nela se funde a distinção (cf. H.

Richelmann, *Der Einfluss des Irrtums,* 135; Marie Raschke, *Der Bertrug irn Civilrecht,* 54 s.). O Código Civil manteve a distinção (art. 93).

O enganado, em caso de *dolus causam dans,* pode pedir perdas e danos, ou a anulabilidade (E. von Ziegler, *Uber Betrug beim Vertragsabschlusse,* 49; C. E von Gluck, *Ausfúhrliche Erlàuterung der Pandekten,* IV, 124; E Regelsberger, *Pan dekten,* 1, 537 s.).

A opinião de A. Leyser *(Meditationes ad Pandectas,* 1, sp. 59, med. 4, e V, sp. 296, med. 9) e de C. G.

Wehrn *(Doctrina iv ris explicatrix,* 44) que admitia a invalidade do negócio jurídico por dolo de terceiro, ainda insciente o figurante, foi afastada. Invocava-se a L. 15, § 3, *de dolo maio, 4,* 3, mas sem razão, porque ali só se cogitou da ação de indenização (A. Behrndt, *Der* DolIus *bei Vertràgen,* 40). O Pretor deu *actio dali* contra o terceiro (L. 8).

O direito brasileiro não mais tem o instituto da lesão enorme; a anulabilidade pelo dolo preenche alguns claros que ficaram de tal atitude legislativa, que pensadamente se adotou. No Código Civil italiano, art. 1.447, aparece a seguinte regra jurídica: "II contratto con cui la parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, notta alia controparte, di salvare sê o altri daí pericolo attuale di un danno grave alia persona, puõ essere rescisso suíla domanda della parte che si ê obbligata. II giudice nel pronunciare la rescissione puó, secando le circonstanze, assegnare un equo compenso all"altra parte per l"opera prestata." Alberto Candian *(Cantributo alia dottrina delia Usura,* 29) vê aí interesse preeminente, que é o da personalidade, não suscetível de livre disposição, o que é, evidentemente, exagero. Se assim fosse, seria nulo o ato (Código Civil italiano, art. 1.418). O dano à pessoa, aí, ainda quando já se deu, é dano *mediato;* e não dano *imediato* (não se confunda com dano possível ou certo, tempos depois, pois aí imediato é quanto a efeitos e consequências, e não quanto ao tempo). No direito, a usura, em sentido largo, pode ser causa de nulidade, pela ilicitude (Constituição de 1988, art. 192, § 32, V parte; Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, arts. 1ª-16; Decreto-Lei nº 182, de 5 de janeiro de 1938).

4. *Dolo causal* (art. 92). O dolo, nos arts. 92-97, supõe que o engano tenha sido tal que, se não tivesse havido, a manifestação de vontade da outra pessoa não teria ocorrido. Por isso diz o art. 92: "Os atos jurídicos são anuláveis por dolo, quando este for a sua causa." Quase sempre, quem procede com dolo, sabe que a outra pessoa é prejudicada, ou pode ser prejudicada; porém essa consciência do prejuízo não é pressuposto necessário do dolo. Portanto, à diferença do dolo, de que se fala a respeito dos atos ilícitos absolutos e dos atos ilícitos relativos criadores de deveres e obrigações de indenizar, nem é preciso que haja dano, nem que haja propósito de o causar O que é essencial é que se conheça a relação causal entre o ato, positivo ou negativo, de dolo e a manifestação de vontade por parte de outro figurante. Quem engana, sem saber que está a enganar, não procede com dolo. Quem pensa estar enganando, e não consegue enganar, não dá ensejo à anulabilidade por dolo. Porém nem se exige culpa subjetiva, nem se excluem do número de possíveis agentes dolosos os incapazes, absoluta ou relativamente (G. Planck, *Kammentar,* 1, 4ª ed., 299; A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* II, 603; R Oertmann, *Alígemeiner Teil,* 382; O. Warneyer, *Kornmentar,* 1, 189; sem razão, E. Hólder, *Alígemeiner Teil,* 272). Tampouco, é de exigir-se que o dolo tenha atingido parte essencial do ato jurídico.

Basta ao dolo que, se não tivesse havido o engano, quanto a preço, cláusula penal, garantia, ou promessa de garantia, data de entrega, ou possibilidade de relocação da coisa, não se tivesse concluído o ato jurídico.

O Código Civil admitiu, como vimos, distinção entre *dolus causam dans* e *dolus incidens,* isto é, entre o 551

dolo sem o qual não se teria manifestado a vontade e o dolo sem o qual a vontade se teria manifestado, mas de outro modo (art. 93): "O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos. E acidental o dolo, quando a seu despeito o ato se teria praticado, embora por outro modo." Portanto, não há pensar-se em anulabilidade, se o dolo foi acidental ou incidente *(dolus incidens).* Tal distinção escolástica é contrária às fontes romanas, não obstante o que escreveram os tratadistas (cf. B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 404; E Regelsberger, *Pandekten,* 538). Mostrou-o Sprenger (Uber *dolus causam dans* und *incidens, Archiu fOr die civilistische Praxis,* 88); e confirmou-o H. Dernburg *(Pandekten,* 1, 7ª ed., 245, nota 11, retirada na 8ª ed., de Paul Sokolowski, 1, 184-186). Seja como for, a distinção é tradicional no direito luso-brasileiro (MeIo Freire, *Institutiones,* 1, 115; Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado sobre as Execuções,* 229; Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 66). No direito alemão, abstraiu-se dela (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30∼-34ª ed., 439; O.

Warneyer, *Kommentar,* 1, 1950; discrepa A. von Tuhr, *Der Allgerneine Teil,* II, 630 s.). Em quaisquer casos, pode o enganado propor, em vez da ação de anulação, a de indenização, *se dano houve.* Mas, se somente ocorreu dolo acidental, só a ação de indenização cabe.

5. *Dolo por omissão.* O dolo pode consistir em omissão, ou em aproveitamento do erro de outrem (G. Bútow, *Zwei Fragen ausder Lehre vom Betruge,* 8 s.; E. I-{retzschmar, *Die Anfechtung der Willenserklàrung wegen arglistiger Tàuschung,* 41), mas daí não se pode tirar que haja dever geral de se miudearem todas as qualidades do objeto (1 C. Hasse, *Die* Culpa *des rõmischen Rechts,* 13). Para que a omissão possa ser dolosa é preciso que haja dever de falar ou de esclarecer, e tal dever — que, assim referido, seria vago — há de resultar do uso do tráfico, inclusive dos princípios de boa-fé, que impõem dever de falar a verdade (C. Schiedges, *Zum arglistigen Verschweigen des ⁄erkáufers,* 28 s.); mas, por certo, sem existir direito ilimitado à verdade. O

enganado tem de alegar e provar que tinha interesse em não ser

enganado, — *quod interfuit eius, ne deciperetur,* diz Modestino.

6. *Dolo e motivos.* De regra, o direito desinteressa-se dos motivos. Excepcionalmente, desce-se à formação da vontade, em se tratando de dolo e de coação. A razão está em que os sistemas jurídicos têm por fito assegurar a liberdade do querer A vontade há de ser *livre.* E por isso, e não pela ilicitude do dolo, em si, e da coação, em si, que se dá a anulabilidade por dolo ou coação. A ilicitude, a que se refere o art. 145, II, não é nos motivos.

Porque o dolo e a coação (art. 147, II) se passam nos motivos, a técnica legislativa fê-los causas à parte de anulabilidade. Nem sempre os juristas aludem à diferença, com grave dano para a doutrina. A anulabilidade pelo dolo independe da capacidade delitual e mais de ter a pessoa, figurante ou terceiro, consciência do que faz. Nem se hão de invocar os princípios de competência legislativa e judicial *(lex delicti commissi,* foro do delito), que regem em matéria de atos ilícitos (art. 159).

Se o erro nos motivos pudesse operar como elemento invalídante, fora do dolo, estaria sacrificada, pela base, toda a confiança nos negócios jurídicos; dai existirem as regras jurídicas sobre o erro substancial e as regras jurídicas sobre o dolo.

É dolo todo ato, positivo ou negativo, que intencionalmente suscita, fortalece, ou mantém erro de outra pessoa, com a consciência de que esse erro lhe determina ou concorre para lhe determinar a manifestação de vontade. Em todo dolo há indução em erro, provocando-o, reforçando-o, ou apenas deixando que persista; é *plus.* Passa-se nos motivos, de jeito que a descida a eles, para se fazer anulável o ato jurídico, é excepcional.

Quanto aos testamentos, todo erro, ainda nos motivos, atinge a manifestação de vontade, de modo que quase se uniformizam os dois conceitos.

§ 450. Pressupostos da anulabilidade por dolo

1. *Elementos essenciais do dolo.* São elementos necessários àexistência de dolo: *a)* tratar-se de fato suscetível de ser objeto de comunicação de conhecimento (não bastam informações, ainda científicas, sobre o que é provável venha a acontecer, como o aumento dos preços, a eleição de alguém, a passagem futura de estrada; *aliter,* a afirmação de que foi aprovado o projeto de estrada, de que alguém foi escolhido candidato, ou de que a comissão de preços já os aumentou); *b)* saber aquele, que provoca, fortalece, ou mantém o erro de outrem, que se trata de falso *enunciado de fato* (exclui-se a afirmação errônea, que se emite sem se perceber o erro, 551

ainda que *eventualis,* isto é, o dolo de quem é indiferente a que seja, ou não, verdadeiro o que diz, posto que deseje o resultado); c) conhecer o agente a determinação, provocativa, fortalecente, ou mantenedora, que na psique da pessoa teria a comunicação falsa explícita, ou implícita, oral, escrita ou silente, que faz (excluem-se as recomendações e os anúncios pelos quais o agente apenas faz sugestão difusa às aquisições, ou outros atos jurídicos, *e.g.,* "Para tosse, remédio tal"); *d)* o propósito de indução, isto é, querer o agente, ainda terceiro, que a pessoa manifeste a vontade (excluem-se, pois, as afirmações jactanciosas, a propagação de notícia falsa, sem que se tenha o fito de levar a pessoa a manifestar a vontade; inclui-se o aproveitamento atual de afirmação jactanciosa, ou de propagação difusa, para induzir àmanifestação de vontade).

Não é elemento necessário do dolo o querer obter para si, ou para outrem, vantagem patrimonial, no que se distingue do dolo imoral o dolo invalidante. Tampouco, o dano à vitima do dolo. Não o pré-exclui pensar o figurante, ou o terceiro, agente do dolo, que o faz para bem do manifestante da vontade (sem razão, H.

Rchbein, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 146). Não é elemento necessário, sequer, o poder ser prejudicado o enganado.

Se, no momento da manifestação de vontade, o manifestante estaria em dolo e o ocultamento da verdade não desapareceu por circunstância posterior, como o de ter deixado de ser falsa a aparência, o vício do dolo permanece até que se dê a aceitação. Se desapareceu a falta de verdade e essa aparece, não há mais dolo. Se o dolo surgiu depois, por ter o aceitante confiado na situação tal qual era (mudança dolosa de elementos, *e.g.,* retirada de móveis que guarneciam a casa), aprecia-se ao tempo da aceitação (para ~ discussão da L. 39, D., de *actionibus empti uenditi,* 19, 1, e da L. 4, § 4,

D, de *aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris,* 21, 1, E

von Ziegler, *Uber Betrug beim Vertragsabschlusse* 10 s., e, contra, Marie Raschke, *Der Betrug* im *Civilrecht,* 27 s.).

No dolo, o manifestante quis o que manifestou. Erro essencial, se houve, não importa; nem importa se não houve. Porque o dolo levou a querer-se outra coisa, ou a só se querer devido ao dolo. No dolo, o erro pode estar nos motivos (Friedrich Klain, *Welche Awsprúche entsteheri aus dem Betruge,* 2).

2. *Ato positivo e ato negativo.* O ato doloso pode ser positivo ou negativo. Basta deixar-se de comunicar a falsidade, se a pessoa está em erro. Se ela, se soubesse, não manifestaria a vontade, e o agente sabe, dolo há.

Por isso mesmo, a promessa de pagar comissão ao empregado, ou advogado do outro figurante, perfaz o elemento do dolo. Nos negócios jurídicos bilaterais, o art. 94 cria *dever de comunicar,* de modo que o silêncio basta a perfazer o elemento do dolo: "Nos atos bilaterais o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela não se teria celebrado o contrato." O art. 94 não é o único, em direito brasileiro, em que se pode fundar o dever de comunicação. A regra é, porém, a de que, de ordinário, não há dever de comunicação, razão por que se tem de conceber, a par da anulabilidade por erro, ou pelo dolo, a *redibição.* Por outro lado, o art. 94 só se refere a figurantes do negócio jurídico bilateral, ou a alguém que não seja terceiro, no sentido do art. 95. O terceiro, no sentido do art. 95, não tem, em princípio, dever de comunicar, ainda que se trate de negócio jurídico bilateral: C pode assistir, em silêncio, A vender a E o motor imprestável; não tem C qualquer dever de manifestar enunciados de fato. *Aliter,* se, não sendo figurante, não é terceiro, no sentido do art. 95. Se, no silêncio, há *confirmação* de enunciado falso, é diferente: porque, aí, o silêncio é ato positivo. Para os que não são terceiros em negócio jurídico unilateral, o dever de comunicar surge desde o momento em que a pessoa pergunta e não há regra jurídica que pré-exclua a irradiação do dever *(e.g.,* segredo profissional). Relação jurídica preexistente entre os figurantes pode criar o dever de comunicação, tal como acontece com o mandatário e o mandante, ou os sócios entre si; o próprio negócio jurídico pode exigir maior sinceridade (e.g., o contrato de seguro e a locação do prédio, ou o

contrato de seguro e a venda e compra, a respeito da qual disse Pompônio, segundo Ulpiano, na L. 16, § 4, D., *de minoribus vigenti quin que ann is,* 4, 4: ".. in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire").

3. *Fato ou qualidade.* O art. 94 fala de f *ato* ou *qualidade.* Há de ser fato que persista após o ato jurídico: se a casa está hipotecada e o vendedor vai, com o preço, pagar a hipoteca, não há dolo. A qualidade há de ser comunicada sempre que, se o fosse, a outra pessoa não praticaria o ato, ou o praticaria com outras cláusulas ou minorações de preços. A qualidade é da coisa, ou da pessoa; mas, a respeito do estado patrimonial, salvo insolvência ou falência, não há dever de comunicação. O dever nasce se há comunicação falsa, ou se, inquirido, o figurante ou terceiro respondeu de modo não enunciativo, induzindo em erro quem perguntou. Se 551

a informação é de terceiro, só há anulabilidade se o figurante soube (art. 95). Em geral, quem, por lei, devia declarar-se falido, não revelando o seu estado, age dolosamente. O silêncio ou a informação falsa a autoridades públicas (administrativas, legislativas ou judiciárias), indispensável à formação da manifestação de vontade de outro figurante, de cujo exame dependa a manifestação de vontade, basta para que se componha o dolo. Outrossim, se prestada por outrem, com ciência do figurante (art. 95).

4. Dolo *parcial.* O dolo pode ter recaido em parte da manifestação de vontade. Se a anulação atinge todo o ato jurídico, ou só essa parte, ou essa parte e outras ligadas a ela, decide o art. 153; mas, para que haja separabilidade, é preciso acontecer que o resto do ato jurídico *seria* concluído ainda sem o que foi alcançado e com os mesmos elementos.

5. *Autor do dolo.* O ato jurídico só é anulável por dolo se o réu mesmo foi quem comeTeil o dolo, ou se, cometido pelo terceiro, dele soube (art. 95: "Pode também ser anulado o ato por dolo de terceiro, se uma das partes o soube"). Se o outro figurante não foi o autor do dolo, nem dele soube, ao tempo da conclusão do ato jurídico, o ato jurídico não é anulável por dolo, Pode dar-se que o seja por erro, conforme os arts. 86-91, Se houve dolo de terceiro e o figurante não o conheceu, o lesado somente tem a ação de indenização (por ato ilícito, art. 159) contra o autor do dolo. Terceiro, no art. 95, é quem quer que

participou dos entendimentos, dos ajustes e da feitura de minutas, ou contraminutas, ao lado dos figurantes, ou pôde influir em tais entendimentos, ajustes, minutas, ou contraminutas, ou em informações ao figurante.

a) O procurador, o órgão da pessoa jurídica, o caixeiro-viajante, o agente, o advogado presente às negociações e formulações, não são terceiros e empregados, — os seus atos dolosos, lesivos ao outro figurante, são como se fossem da pessoa, que os tem a seu lado; não assim *b)* os órgãos, procuradores, os caixeiros-viajantes, agentes, advogados e empregados do que foi lesado pelo dolo, porque esses são terceiros. Em *a),* não se precisa afirmar e provar que o rêu soube do dolo; em *b),* se o autor foi dolosamente lesado por seu próprio empregado, tem de afirmar e provar que o réu o soube (= participou do dolo). O acionista é terceiro, se se trata de ato com sociedade anônima. O sócio, que não tomou parte no ato com a sociedade em nome coletivo, éterceiro. Se são muitos os figurantes, ainda que do mesmo lado e só um ou alguns cometeram dolo, são terceiros, de modo que a anulação somente alcançará todo o ato jurídico, se for caso de incidir o art. 153, 1ª

parte.

§ 451. Dolo de terceiro

1. *Influência do dolo de terceiro.* Se o dolo foi de terceiro e o figurante não soube do que se passou, o ato jurídico não é anulável por dolo. Se o figurante soube do dolo do terceiro, o que foi vítima pode pedir a anulação (art. 95). De modo que, se o figurante desconheceu o dolo de terceiro, mas se aproveitou ou se aproveita do que daí resultou e sofre o que foi vítima, só fica ao prejudicado a ação de indenização contra o terceiro, pelo ato ilícito. (Aqui, terceiro é quem não tem interesse na prática do ato jurídico por parte do demandável pela anulação; não no é o órgão, o representante, ou núncio do destinatário demandável da manifestação de vontade: está no lugar do destinatário.) Não éelemento necessário do dolo o proveito material pelo figurante, ou pelo terceiro. Tampouco, o dano ao legitimável à anulação.

O representante, o mandatário, ou procurador, e o gestor de negócios

do demandável não são terceiros: não é preciso que o representado ou mandante, ou dono do negócio tenha conhecido o dolo de tais pessoas, para que se peça a anulação por dolo, contra ele (E. Riezler, em *J. v. Staudingers Kommentar,* 1, 483; H.

Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 257). Discute-se se tendo havido negociações prévias, puramente preparatórias, a que se seguiu a conclusão do ato jurídico, com o figurante, ou seu representante, o dolo da pessoa encarregada das negociações édolo de quem a encarregou, ou de terceiro: pela primeira solução, A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teil,* II, 617); pela segunda, G. Planck (Kommentar, 1, Q ed., 305), e O. Warneyer *(Kommentar,* 1, 196). Ora, se o ato doloso do encarregado influiu na manifestação de vontade, entrou, como elemento de fato, no suporte fático do ato jurídico, viciando-o; e entrou, porque alguém estava, em vez do figurante, nas negociações. O encarregado não concluiu o ato, mas deu o impulso doloso, que determinou, *ex hypothesi,* a manifestação de vontade, por provocação, colaboração, ou mantença de errônea convicção do 551

figurante.

Os credores em concurso são terceiros quanto aos atos dos administradores da massa concursal.

2. *Figurantes do mesmo lado e dolo.* Se há duas ou mais pessoas como figurantes, de um lado, o dolo de uma não é dolo das outras; quanto à que ignorava o dolo, só o art. 153 pode ter incidência (certo, A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* II, 617; sem razão, G. Planck, *Kommentar,* 1, 305, e O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 196); portanto, salvo inseparabilidade subjetiva ou objetiva.

3. *Terceiro e proveito do dolo.* Pode dar-se que o terceiro, sem deixar de o ser, se beneficie com o ato jurídico.

Tal o beneficiado pela estipulação a favor de terceiro (arts. 1.098-1.100). Ou se admite que a anulação se dê pelo fato do terceiro, atendida a circunstância de ser o beneficiado, ignorando o dolo o destinatário da manifestação de vontade, o que seria a opinião de G. Planck *(Ix'ommentar,* 1, 306), A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teil,* li, 618), e P. Oertmann *(Alígemeiner Teil,* 383); ou se repele tal cisão do ato jurídico e assimilação do beneficiado (como pensou K. Hellwig, *Die Vertràqe aul Leistung an Dritte,* 286 s., a despeito do § 123, alínea

2ª, 2ª parte, do Código Civil alemão: "Quando outrem que aquele a quem foi dirigida a declaração, adquiriu direito, imediatamente, da declaração, é anulável a declaração, respeito a ele, se conhecia o dolo, ou devia conhecê-lo"). A primeira opinião é a certa, no direito alemão, devido ao § 123, alínea 2ª, 2ª

parte: quais as consequências quanto ao resto do ato jurídico, o § 139 decidiria (art. 153). No direito brasileiro, cumpre distinguir: se o estipulante se reservou o direito formativo modificativo do art. 1.100, nada pode fazer o que se diz vitima de dolo invalidante, contra o terceiro; se não houve reserva e se deu a anuência do art.

1.098, parágrafo único, a ação de anulação é proponivel; idem, se é caso do art. 1.099. Se o destinatário conhecia o dolo, é de incidir o art. 95. O art. 153 pode ser invocado.

Se houve assunção de dívida de quem não é figurante do negócio jurídico, com a eficácia de liberação imediata, só se faz anulável a assunção de divida se o manifestante da vontade conhecia o dolo do devedor *(aliter,* devido ao § 123, 2ª alínea, 2e parte, o direito alemão, cf. A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 620; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30~-34ª ed., 441). Não é anulável por dolo da mãe o reconhecimento da paternidade (Eugen Josef, Willensmàngel bei der Vaterschaftsanerkennung, *Archiu* fOr BOr *gerliches Recht,* 34, 282 s.).

Sempre que o terceiro foi beneficiado, e não se pode considerar figurante, ou como se fosse figurante (=

terceiro, em sentido largo, que não se inclui no art. 95), não pode ser réu na ação de anulação; mas há contra ele, se o dolo foi seu, a ação de indenização (art. 159).

Pode dar-se, na estipulação a favor de terceiro, que o dolo seja do terceiro contra o estipulante, em vez de contra o devedor.

O devedor fica incólume à anulação do ato jurídico, que exista, entre o terceiro e o estipulante, *e.g.,* da doação; se o terceiro exigiu, ou se exige a prestação, há de devolvê-la ao estipulante em virtude do art. 158. Após a anulação pela sentença a favor do estipulante, somente o estipulante pode exigi-la, ainda que se trate de espécie do art, 1.099. Se houve a reserva do art. 1.100, não precisa o estipulante propor a ação de anulação; basta que substitua o terceiro. As circunstâncias podem, contudo, sugerir a propositura, se há conveniência jurídica em se afirmar e provar o dolo de terceiro, que podia ser substituído (art.

1.100) e podia exigir a prestação (art. 1.098, parágrafo único).

§ 452. Atos jurídicos anuláveis por dolo

1. *Manifestações de vontade não-receptícias* e *dolo.* Nas manifestações de vontade não-receptícias, não há figurantes um em frente ao outro; de modo que não há as "partes", a que se refere o art. 95. Donde ter-se de entender o art. 95 como só referente aos atos jurídicos em cujo suporte fático há manifestações bilaterais de vontade, ou manifestação receptícia de vontade. Em se tratando de manifestações não-receptícias de vontade, não há pensar-se em *alter:* o ato jurídico irradia a sua eficácia, a favor de alguém, que talvez o ignore. Por 551

conseguinte, há a anulabilidade por dolo, ainda que de terceiro e ignorando-o o beneficiado. Estão em tal classe: a) a aceitação e a renúncia da herança, aquela érevogável por dolo, ou outra razão, ou sem indicação dessa, salvo prejuízo a credores (art. 1.590, 2ª parte), e essa é retratável (= impugnável) por dolo (art. 1.590, 1ª

parte); *b)* o reconhecimento da filiação (art. 348); *c)* o reconhecimento da paternidade (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 26; Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, art. 12, 11V; Código Civil, art. 356); *c)* a promessa de recompensa e os demais atos jurídicos unilaterais em que a manifestação de vontade é nãoreceptícia; *d)* a ratificação dos atos juridicos anuláveis (ai-ts. 148, 149 e 211; *aliter,* art. 216); *e)* a ratificação dos credores no caso de solução da dívida a um só dos credores ou só a alguns (art. 892, 11); fl a ratificação em caso de pagamento a quem não tinha poderes (art. 934); g) a ratificação dos atos do mandatário sem poderes suficientes (arts. 1.296 e 1.306); *li)* a ratificação do art. 494,111; 1) a ratificação dos atos do gestor de negócios (art. 1.343); *j)* quanto aos títulos ao podador *(Dos Títulos ao Portador,* 1, 551) e aos títulos cambiários e cambiariformes (Direito *Cambiário,* 1, 91-94, 99 e 208, II, 60), pois, no *branco* que fica ao direito comum, pode ser arguido o dolo, segundo os ads. 92-97, de modo que somente não pode ser base para anulação contra o portador que não foi autor do dolo, nem o conheceu (sem razão, A. Langen, *Die Kreationstheorie,* 135).

2. *Dolo acidental.* O dolo acidental ou incidente *(dolus incidens)* não atinge a validade do ato jurídico, posto que possa constituir ato ilícito *relativo.* O figurante de tal maneira se conduziu que o negócio jurídico se concluiu como ele queria, porém, se o outro figurante soubesse da verdade, o teria concluído com melhores cláusulas. A obrigação pelo *dolus incidens* é oriunda do ato ilícito relativo, segundo o art. 93, e da a ação de *diferença (Differenzklage).* Não se deve construir como ação de indenização por ato ilícito absoluto (art. 159), se bem que também essa possa concorrer. Porém nada tem com o dolo por infração do contrato, que é posterior à conclusão desse (qualquer assimilação, a que se referiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 31 de agosto de 1942, *RT* 148/379, pode levar a erros). O dolo acidental do terceiro, se um dos figurantes o conheceu e dele se aproveitou, é ato ilícito absoluto para o terceiro, e ato ilícito relativo para o figurante, tal como se dá, quanto ao dolo :ausal, para o terceiro e para o figurante ciente, contra o qual há, a mais, a ação de anulação.

3. *Atos jurídicos e anulação.* Somente se anulam por dolo, como por outra qualquer causa, os negócios juridicos e os atos jurídicos stricto *sensu.* Os atos-fatos jurídicos não são suscetíveis de anulação; por isso não se anula pagamento, posto que se possa anular quitação.

§ 453. Dolo bilateral dos figurantes

1. *Direito romano.* No direito romano, contra o dolo a sanção era apenas no plano da eficácia, — o dolo fazia nascer, a favor do enganado, a *exceptio do li,* contra a pretensão que do ato jurídico se irradiasse a favor do enganador, e a *actio doli,* contra o autor do dolo, para o restabelecimento do estado ao tempo da prática do ato.

No *bona fidei iudicium,* em vez da *exceptio,* diz-se que cabia a ação, porque o *dolus,* em si, é contrário à boa-fé (E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 404), porém não nos parece que se precisasse da *actio,* pois a própria fórmula processual pré-excluia os negócios jurídicos com dolo ou coação (cf. von Lúbtow, *Der Ediktstitel* Quod metus causa gestum erit, 12 s.), o que explica as expressões da L. 16, § 1, e da L. 3, § 3. A opinião que via, aí, a *nullitas* do ato, invocava, principalmente, a L. 3, § 3, D., *pro socio,* 17, 2, e a L. 16, § 1, *de minoribus viginti quinque annis,* 4, 4, onde estão *ipso iure nullus momenti* e *nuílam esse societatem;*

porém isso não poderia ter sido ainda depois do direito clássico, como a respeito da coação: a *exceptio do li,* como a *exceptio metus,* foram criação da República; e as expressões aludidas se referem ao *bona jidei iudicium.* A exceção e a réplica chegaram ao encobrimento mútuo; no juízo de boa-fé, a pré-eliminação era para ambas as partes. Sobre o assunto, com finura notável, Bento Gil *(Commentaria in leq. Ex hoc iure, D., de iustitia et iure,* lI, cap. 12, dif. 3) mostrou as diferenças no direito romano.

2. *Direito brasileiro.* A solução técnica para o *dolo enantiomórfico,* ou bilateral, poderia ser: a exceção de dolo, oponível pelo réu, mas teria o inconveniente de reduzir à exceção a ação que poderia ter exercido o réu; a reconvenção, pela afirmação de duas ações de dolo, uma do demandante e outra do demandado; a pré-

eliminação das duas ações, que se explicaria como composição de forças contrárias (+ x — x = 0). Se A alega 551

o dolo e B redargúi que A também se portou com dolo, tem o juiz de apreciar as duas alegações e as provas feitas, para poder decidir da existência da ação de anulação ou de indenização. No Código Civil, art, 97, diz-se: "Se ambas as partes procederam com dolo, nenhuma pode alegá-lo, para anular o ato, ou reclamar indenização. No *Esbôço,* art. 482, Teixeira de Freitas pusera a regra jurídica, sem se referir aos atos de disposição por última vontade: "O dolo de ambas as partes nos atos entre vivos não afetará a sua validade, nem dará direito a ação alguma. Passou isso ao Código Civil argentino, ari. 932: "Para que ei dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes: Que no haya habido dolo por ambas partes. Surge a questão de se saber se não há ação para os dois ou mais figurantes, de um lado e de outro, ou se o demandado.teria apenas a *exceptio.* A primeira interpretação é a verdadeira: se A propõe ação de anulação por dolo, tem B, se A negociou com dolo, de alegar o dolo de A, com o que lhe nega a ação de anulação, ficando ao juiz de primeiro decidir essa preliminar. Assim o art. 97 pode ser entendido como se houvesse escrito: "Quem dolosamente obteve manifestação de vontade de outrem não tem ação de anulação por dolo. Quem dolo fez, por dolo não pode agir.

§ 454. Dolo do representante e pessoas postas em contacto

1. *Conteúdo do art. 96.* Depois de se dizer, no art. 95, que o ato jurídico pode ser anulado pelo dolo de terceiro, se um dos figurantes o soube, no art. 96 estatui-se: "O dolo do representante de uma das partes só obriga o representado a responder civil-mente até a importância do proveito que teve. Tal pessoa, pois que representa, não é terceiro, no sentido do art. 95. A regra jurídica provém do *Esbôço,* art. 481, 1ª parte: "O dolo cometido por qualquer representante voluntário ou necessário de uma das partes reputar-se-á como cometido por seus representados para o efeito somente da responsabilidade civil destes até a concorrente quantia do proveito que tiveram. Em relação aos outros códigos civis, a vantagem da inserção de tal regra jurídica é enorme: os sistemas jurídicos, onde ela não aparece escrita, têm-na de extrair, mediante distinções entre terceiro e representante, e invocando princípios gerais de direito para permitirem a ação de indenização. Em todo o caso, a redação de Teixeira de Freitas foi defeituosa: não se precisa reputar cometido pelo representado o dolo do representante, para se permitir a ação contra aquele por aquilo com que se aproveitou; o art. 95 disse o que era para se dizer, e disse-o bem. A responsabilidade do representado é por ato alheio; a lei limitou-a ao proveito que teve.

2. *Órgão de pessoa jurídica, agentes, mediadores, corretores, gestores de negócios.* O art. 96 revelou regra jurídica que, sem ele, existiria no sistema jurídico; mas a regra legal do art. 96 só alude à representação (legal ou voluntária). A regra jurídica implícita no sistema jurídico é mais larga. O art. 96 apenas se refere a uma das que nela cabem. Quem quer que tenha sido incumbido de figurar no ato jurídico, em nome alheio, ou que prepare o ato jurídico, em contactos prévios, não é terceiro, no sentido do art. 95, e é tratado como o representante, segundo o art. 96. A diferença é de grande relevância prática: *a)* para que incida o art. 95, épreciso que o figurante tenha conhecido o dolo, e então é anulável o ato jurídico, pelo dolo do terceiro; se não conhecido, não se anula, nem cabe ação de *in rem verso,* mas, sim, contra o terceiro a de indenização por ato ilícito absoluto (art. 159); *b)* para que incida o art. 96, basta que tenha havido o proveito, pois o figurante, que do dolo o houve, foi quem incumbiu do contacto ou da preparação a pessoa que comeTeil o, dolo, *e.g.,* o órgão da pessoa jurídica, o mediador, o núncio, o agente, inclusive o de seguros (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 11, 617) e o gestor de negócios, se o dono do negócio ratificou o ato jurídico. O credor falencial é terceiro se o negócio jurídico foi concluído pelo síndico; se ele, por exemplo, deu informes falsos e o síndico vendeu o imóvel por maior preço, sem

conhecer o dolo, o negócio jurídico não é anulável (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 196). Também éterceiro, na falência, o falido. Nas estipulações a favor de terceiro, incide o art. 95, e não o art.

96 (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 618; sem razão, *1(.* Hellwig, *Vertràge aul Leistung an Dritte,* 286).

Há a ação de indenização por ato ilícito absoluto (art. 159) contra o terceiro. Quanto aos comissários, são eles figurantes, de modo que se não há de invocar o art. 95, nem o art. 96: a ação de anulação dirige-se contra eles.

551

§ 455. Ação de anulação por dolo

1. *Anulação* e *ato jurídico nulo.* Se o ato jurídico não existe, ou é nulo, a ação de anulação cairia no vácuo: pedir-se-ia ao juiz que desconstituísse, em "ação" de anulação, e bastaria qualquer despacho. Assim, no próprio processo, pode ser declarada a inexistência ou decretada a nulidade, como *questão prejudicial,* ainda se concorrem as pretensões (e.g., dolo que envolve ilícito). Por outro lado, pode ser nulo o negócio jurídico causal, e não-ser nulo, mas só anulável por dolo, o negócio abstrato de adimplemento.

2. *Concorrência de ações.* Quanto às outras causas da anulabilidade, o dolo, que é erro nos motivos, é *plus,* salvo se, além dele há erro na manifestação ou na transmissão da vontade. A ação de anulação fundada no dolo é preferível para o autor, porque o não sujeita a prestar o interesse negativo (Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 408). O dolo pode estar junto ou combinar-se com a coação: B engana, e força; ou força, em ganando. Ou junto à coação e ao erro. Primeiro há de ser julgado o pedido de anulação pela coação; depois, o pedido de anulação pelo dolo; finalmente, pelo erro. Salvo se inseparáveis. Se o autor perde, quanto ao primeiro pedido e quanto ao segundo, fica sujeito, vencendo quanto ao terceiro, a prestar o

interesse negativo.

Com a ação de anulabilidade por dolo pode concorrer a *ação redibitória* (arts. 1.101-1.106). De regra, prefere-se essa, que exige prova mais fácil. Todavia, devido a serem curtos os prazos preclusivos do art. 178,

§§ 2ª e 59, IV, têm as vítimas de lançar mão da ação de anulação.

3. *Ônus da prova.* Se o engano bastaria, normalmente, para que alguém, nas mesmas circunstâncias, manifestasse a vontade, presume-se, de fato, a existência do dolo, no caso concreto. Quem propõe a ação de anulação pelo dolo, tem de afirmar e provar todos os elementos necessários ao dolo.

A prova do dolo como causa de anulabilidade, incumbe a quem pede a anulação; ao réu provar o dolo do autor, para que incida o art. 97, e pois não incidam os ads. 92-96. Cabem as provas por presunções e indícios (art. 136, V; Código de Processo Civil de 1939, art. 252: "O dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias", e art. 253: "Na apreciação dos indícios, o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa"; 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 30 de agosto de 1948, *RF* 127/493; 1ª Câmara do Tribunal de Justiça da Bahia, 11 de maio de 1948, *RT* da Bahia, 40/39). Não importa se se trata de dolo *causam dans* ou de dolo *incidens* (Supremo Tribunal Federal, 13 de agosto de 1943, *RT* 155/834).

4. *Perempção segundo o art. 268, parágrafo único, do Código de Processo Civil.* Não obsta à ação de indenização pelo ato ilícito do dolo o ter o autor incorrido em perempção (Código do Processo Civil, art. 268, parágrafo único; cf. Ordenações Filipinas, Livro III, Título 14, *pr.:* "... não será mais ouvido sobre a dita causa"). Tampouco, a perempção no processo de indenização por ato ilícito absoluto, ou no processo de anulação por dolo, obsta *à* propositura da ação redibitória ou *quanti minoris.*

5. *Indenização do interesse negativo ao autor.* Junto à ação de anulação,

com a eficácia sentencial do art. 158, pode ser pedida, como de indenização fundada no art. 159, a reparação do interesse negativo.

6.Incidência do art. 158 do Código Civil. Anulado o ato jurídico, há a restituição de que fala o art. 158. Se não é possível, dá-se a indenização pelo que devia ter sido restituido, — que se não confunde com a ação de indenização por ato ilícito absoluto (art. 159).

A restituição pode ser determinada na sentença que decreta a anulação; e entende-se pedida, se foi referido o adimplemento como já acontecido ao tempo da petição, ou a qualquer momento anterior.

A restituição consiste em anular-se a dívida, se foi isso o que se obteve com o dolo. Não assim, se não foi proposta a ação de anulação: a ação de indenização não desconstitui.

551

Entendia 1 Hellwig *(Anspruch und Klagrecht,* 14 s.**;** *Lehrbuch,* 1, 254) e, com ele, A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* II, 632) que da pretensão à anulação nasce exceção de dolo exercível pelo obrigado pela dívida; mas a exceção de anulabilidade contradiria os princípios. A exceção de anulabilidade que alcançasse todo o ato jurídico seria absurda; e tal foi a que, certa vez, imaginou a jurisprudência alemã, com o nome de exceção de impugnação (RG 60/295: *Anfectungseinrede).* Não a temos no direito brasileiro, salvo se há crime do figurante, conforme já antes o expusemos e referiremos no § 456, nº 4.

§ 456. Ação de indenização

1. *Dolo e ato ilícito absoluto (Código Civil, art. 159).* O dolo, que faz inválido o ato jurídico, também dá ensejo à incidência da regra jurídica do art. 159. Não como tendo havido violação de deveres irradiados do ato jurídico, porque, por definição, ocorreu à formação da vontade manifestada e, pois, *antes* do suporte fático entrar no

mundo jurídico. Não basta reconhecer essa verdade; é preciso observar-lhe as consequências. Por isso mesmo, tratar o dolo-delito por analogia com a violação dos deveres oriundos do ato jurídico é contradição (sem razão, Fr. Leonhard, *Verschulden beim Vertragsschlusse,* 46-48 e A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 627). Idem, quanto aos terceiros dolosos. Em vez de propor a ação de anulação por dolo, pode a vítima pedir a indenização pelo ato ilícito absoluto (art. 159). Às vezes, a pretensão à reparação é contra terceiro, e não contra o outro figurante, que seria o réu na ação de anulação. Se A, devido a dolo de C, que B, outro figurante, conheceu, assinou o contrato, pode não exercer a ação de anulação contra B, e sim, tão-só, a ação de indenização. Outras vezes, o dolo foi de B e de C, e nada impede que A, em vez de pedir a anulação, peça indenização a B, e C, ou que A exerça as duas ações, em cumulação de pedidos.

A indenização, se ocorre a anulação, é só do interesse negativo; porque o interesse positivo suporia a eficácia do ato jurídico. O réu pode objetar que o ato jurídico, se não tivesse havido o dolo, se teria concluído com outras cláusulas *(dolus incidens,* art. 93) e a indenização há de atender a isso. Se o dolo apenas influiu quanto ao preço, *e.g.,* 2 x em vez de x, não há anulabilida

de; há, tão-só, reparação, segundo o art. 93. O autor tem de provar que, sem o dolo, o outro figurante teria negociado a coisa por x. Há redução do preço, indiretamente; isso de modo nenhum se confunde com o abatimento, direto, da ação *quanti minoris.*

2. *Pressupostos da ação de indenização.* À ação de anulação basta o fato do dolo, do figurante ou do terceiro; à de indenização, a culpa do demandado e o réu há de ter sido capaz delitualmente *(e.g.,* art. 156), ou há de incidir o art. 1.521; salvo se incide o art. 15 do Código Civil ou o art. 37, § 6ª, da Constituição de 1988. A ação de anulação tem, *contra o réu,* eficácia imediata: os bens, de que a vitima dispôs, voltam. A ação de indenização é só pessoal.

3.

Fundamento do art. 93 do Código Civil. O fundamento do art. 93 está em que, se o ato jurídico, se não tivesse havido o dolo, se teria realizado “por outro modo”, a anulabilidade seria sanção excessiva:

atingiria o ato jurídico, sem atender a que, se o dolo não tivesse ocorrido, a!go existiria. Foi bem, portanto, que úe houvesse insedo o art. 93, evitando-se divergência na doutrina e na jurisprudência, o que aconteceu no direito alemão (cf. G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 299, L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 439; pela distinção, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* II, 631).

§ 457, Pretensões concorrentes

1. *Dolo, anulabilidade e ilicitude.* O dolo pode suscitar a *anulabilidade* do ato juridíco; e pode fazer entrar o ato no mundo jurídico, como *ato ilícito.* Ali, dolo invalidante; aqui, dolo ato ilícito absoluto. Se o ato jurídico é em cumprimento de dever ou de obrigação oriunda de outro, pode haver dolo invalidante, dolo ato ilícito absoluto e dolo ato ilícito relativo. Os sistemas jurídicos não fazem qualquer dessas pretensões exclusiva das outras. Raramente, há conveniência em se intentar a ação de indenização fundada no art. 159, porque, embora o restabelecimento do estado anterior se dê segundo o art. 158, se há dano ulterior, que a restituição não 551

alcance ressarcir, se tem de propor, utilmente, a ação do art. 159.

2. *Prescrição.* A prescrição da ação de anulação (art. 178, § 9, V, *b)* não atinge a ação de ato ilícito absoluto, que só prescreve em vinte anos (art. 179). Bem assim, a ação de enriquecimento injustificado (arts. 964-97 1 e 179).

3. *Concorrência e cumulação.* Também podem concorrer com a ação de anulação por dolo pretensões derivadas do ato juridico, como a ação redibitória, a *quanti minoris* e a de execução do negócio jurídico. Por exemplo: a coisa tinha vício oculto (arts. 1.101-1.106) e o alienante procedeu com dolo. Se foi proposta a ação de anulação e a sentença, favorável, transitou em julgado, aquelas estão extintas. A propositura não as faz caducar e é permitido, segundo o princípio da eventualidade, cumularemse os pedidos.

Se, em virtude do negócio jurídico obrigacional, houve negócio jurídico real de cumprimento, só é anulável esse, por dolo, se o dolo

também se deu quanto a esse. O autor da ação de anulação pode, então, cumular a de reivindicação, salvo contra alguém que adquiriu a propriedade pelo registro, ou por acessão, ou por usucapião do imóvel (art. 530,1-111), ou por ocupação (arts. 592-593), tesouro (arts. 607-610), especificação (arts. 611-614), confusão, comistão ou adjunção (arts. 615-617), ou usucapião de móvel (ads.

618-619). O título anulável não obsta à aquisição pela tradição (arg. ao art. 622, parágrafo único).

4. *Exceção de dolo.* No direito brasileiro não temos, correspondendo à ação de anulação por dolo, exceção geral de dolo. Da ação anulatória, após a prescrição, não fica exceção *do li.* Temos, porém, tal exceção em toda a extensão em que o ato foi ilícito criminal, tendo trânsitado em julgado a sentença penal, se o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, que se faz *res in iudicium deducta,* nasceu de tal ato criminal. Se, ao ir a juízo o titular, já existe queixa ou denúncia, tem-se de decidir se é caso de se sobrestar no processo, até que se julgue a ação criminal. Não corre prescrição durante esse tempo, por ser de invocar-se o art. 173. Ás vezes há, como elemento da exceção de origem criminosa do crédito, ou da pretensão, ou da ação, ou da exceção, a *exceptio metus* ou a exceção de simulação, por ter havido, com a coação, ou a simulação, crime. Veja Tomo VI, § 668.

Capitulo VI

Coação

§ 458. Conceito de coação invalidante

1.Vis absoluta *e* vis compulsiva. Posta de parte a *vis absoluta,* que é ação de A, agente, por "meio" de B, paciente, — coação éa presença de violência ou intimidação, que faça B praticar o que A sugere. A ação é de B: A não age, servindo-se de B; A coage. A coação já é ato de B; mas é preciso que tenha havido, também, o ato de A, sem o que não haveria coação. Se não há ato de A, coação não há. Por isso mesmo, a manifestação de vontade, que se dê por influência de outrem, sem haver violência ou intimidação, não atinge a validade do ato jurídico. Também é preciso que A tenha agido contrariamente a direito. Se agiu de conformidade com o direito, ou exercendo direito, pretensão, ação, ou exceção, regularmente, a violência, ou intimidação, que haja causado, não é ilícita, não é ato que possa suscita, a invalidade do ato de alguém. Exemplo: B pretendia ceder a A o seu direito de ação, na lide entre B e os herdeiros de C, um dos quais é A, com cujo negócio jurídico A se asseguraria a maior parte do terreno disputado, em posse de A. A divergência era quanto ao preço.

Entrementes, B invade o terreno, *e* A desforça-se pessoalmente (art. 502); E, intimidado, cede o direito de ação pelo preço que A oferecera, ou por menos. Não há anulabilidade pela coação, porque não houve, nos atos de A, contrariedade a direito. O exercício do direito era *regular:* firmara-se no art. 502.

2.Vis *e consequências no mundo juridico.* A *vis absoluta* exclui a suficiência do suporte fático. A aparência de 551

manifestação de vontade não entra no mundo jurídico. A intimidação ou coação invalidante, *vis compulsiva,* apenas torna defeituoso o ato jurídico. A despeito dela, o suporte fático entra no mundo jurídico. No direito brasileiro, tem-se de propor a ação: só o juiz pode desconstituir o ato jurídico. O ato dos figurantes, que se pronunciassem sobre a não-validade, não seria constitutivo negativo, mas ato de reconhecimento

da espécie do art. 172, V, com ressalva da ação de anulação. Ou seria distrato.

Vis absoluta é ação; não é coação. O constrangido, nela, éinstrumento de quem constrange; o constrangido não age, nenhuma ação ou parcela de ação é sua. O absolutamente constrangido não quer; o coacto, o relativamente constrangido, quer, a despeito do constrangimento. Paulo, na L. 21, § 5, D., *quod metus causa gestum erit,* 4, 2, com toda a precisão, aludiu ao que coactamente quer: "Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: .sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi míhi potestas tribuatur." eu, coagido por medo, adi à herança, entendo que me faço herdeiro (concepção romana de transmissão pela adição), porque, ainda que não houvesse querido, se liberdade houvesse tido, quis, ei.nbora coagido *(coactus volui):* mas tenho pretensão à restituição pelo Pretor, para que se me dê o poder de abster-me.

Para que haja coação invalidante é preciso que se tenha dado o fato de alguém influir na prática do ato jurídico por outrem, que a isso só se decidiu por ter havido ameaça de dano se não manifestasse a vontade, que seria de mister à entrada do suporte fático no mundo jurídico. *Vis compulsiva,* diz-se, porque alguém coage, compulsa, empurra juntamente (cp. ex-pulsar, repulsão, com-pulsão). E ineliminável o impulso do coacto ao lado do impulso do coactor Por isso, *Coactus voluit.* Se eliminado fosse, haveria *vis absoluta,* a só aparência de ato do constrangido (conceito mais largo do que o de coacto). Assim, se, na espécie, rege o princípio * *.c Qui tacet consen tire videtur,* isto é, onde se pode enunciar *Ubi loqui potuit et debuit, qui tacet consen tire videtur,* — o eliminar-se qualquer possibilidade de manifestar-se a quem tem de falar, para que não se produza algum efeito, é *vis absoluta,* e o ameaçar se falar, ou por certo modo manifestar-se, é *vis compulsiva.* Por isso mesmo, pode-se pedir a declaração de que o silêncio foi imposto, de modo absoluto, e a sentença, na ação declarativa negativa, ou deixa a oportunidade de falar, ou revela o que se teria manifestado (declarativa positiva, cumulada com a declarativa negativa). Se o silêncio ocorreu porque o que podia e devia manifestar-se temeu o dano, com que foi ameaçado, a ação a propor-se é a constitutiva negativa de manifestação si-lenciosa de vontade. Se foi cumulada a declaratória positiva, a sentença constitutiva negativa deixa margem a que declare o que se teria manifestado, se a coação não tivesse ocorrido, ou, se não há elementos para isso, restabelece o poder de silenciar ou não. (Observe-se que não

é de abstenção pura, que se trata; o silêncio, aí, é *positivo.)*

3. *Técnica legislativa e coação.* A política legislativa, no tocante à coação invalidante, é a de proteger a vontade contra o impulso de outrem, contrário a direito. Não é preciso que o coactor, ou o figurante, que não foi o coactor, haja tirado lucro do ato jurídico do coacto. Tampouco, é de exigir-se que tenha o coacto prejuízo no ato que praticou, sob coação. O interesse, aí, está em que todo homem há de poder fazer, ou não fazer, dar ou não dar, o que entenda, *salvo lei que o vede.* Se a lei não lho veda, forçá-lo a fazer, ou não fazer, a dar ou não dar, é constrangimento ilegal. Se A entende que seria útil a E adquirir a sua casa comercial, ou a de C, e o coage a isso, B pode pedir a anulação do contrato, ainda que lhe tenha dado grandes lucros a casa, dentro do tempo, em que corria o prazo de prescrição. E cedo que os coactos, que foram beneficiados dificilmente pedem anulação do ato jurídico, mas, sem a ratificação (art. 148), ou a prescrição, continua anulável esse ato.

No sistema jurídico brasileiro, a sanção para a *vis absoluto* é a pré-exclusão (= o ato jurídico não é); para a *vis compulsiva,* a anulabilidade.

§ 459. Pressupostos da anulabilidade por ter havido coação

1. *Ato positivo e ato negativo de coação.* A coação invalidante é a ameaça, ou o começo de violência, ameaçante, que determine a manifestação de vontade. Sem ela, a manifestação de vontade, *que se deu,* não se teria dado. (Na *vis absoluta,* a manifestação de vontade daquele a quem é atribuida, não se deu.) Não é preciso que a ameaça, ou começo de ação, ameaçante, seja a causa única da manifestação de vontade. Basta que, sem ela, não se houvesse praticado o ato. Quanto à ameaça do ato negativo, cumpre distinguir: *a)* se alguém nega 551

ajuda ou auxílio ao que se encontra em estado de necessidade, sem que tenha dever de prestar essa ajuda ou auxílio, a fim de obter o ato, discutindo-se se, ai, deixa de haver a coação mesma (L. 9, § 1, D., *quod metus causa, 4,* 2, com interpolação; d. Kohler, Die Menschenhúlfe im Privatrecht, *Jahrbúcher ftir die Dogmatik,* 25, 19 s.**;**

A. von Tuhr, *Der Notstand im Zivilrecht,* 12 s.), ou contrariedade a direito (E. Hôlder, *Alígemeiner Teil,* 272), — a questão tem-se de resolver dizendo-se que aí a coação ilícita não se dá, porque a omissão podia ocorrer e avisar-se dela o paciente, mas admitindo-se que as circunstâncias podem compor a contrariedade *do fim* a direito, pela desproporção do obtido em relação à ajuda ou auxílio; *b)* se há *dever de ajuda* ou *de auxilio,* ou oriundo de lei, ou negocial, ou porque o ameaçante criou o risco ou o estado de necessidade, a ameaça de abstenção é coação invalidante do ato jurídico, que somente devido a ela foi feito (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 612, notas 50-52; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 435, nota 1; sem razão, E

Regelsberger, *Pandekten,* 1, 530, nota 4, e H. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 3ª ed., 496, nota 4, que pensam em invalidação, ainda se o ameaçante não tem dever de ajuda e auxílio, e G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª

ed., 301, que só admite a invalidação, se o ameaçante mesmo criou a situação de que provém o estado de necessidade); *c)* a ameaça de abstenção, que seria ato ilícito, é sempre invalidante, se, sem ela, o ameaçado não praticaria o ato jurídico, *e.g.,* ameaça de não consertar a piscina que, arruinando-se, invadiria a casa do vizinho.

Há o pressuposto de causalidade entre o ato de coação e a manifestação de vontade. Causalidade, não culpa. Aqui, cumpre advertir-se na divergência entre L. Enneccerus (Das *Búrgerliche Recht,* 1, 368), que tinha a causalidade como *condicio sine qua non* (= se não tivesse havido o ato de A, não teria B manifestado a vontade, o conhecimento ou o sentimento) e M. Rúmelin (Die Verwendung der Kausalbegriff, *Archiv ftir die civilistische Praxis,* 90, 171 s.) que exigia ser adequada a ligação causal. Alguns acham insolúvel a questão, pelas exceções a uma e outra teoria *(e.g.,* G. Klee, *Drohungsbegriff nach Civilrecht,* 60).

O fim da coação, de que se trata, há de ser contrário a direito, mas basta que se exerça contrariamente a direito a coação que em si seria legal, ou que se dirija à eficácia contrária a direito a coação legal, exercida segundo a lei. O que pode prender, mas deixa de prender porque empregou a coação legal para fim estranho ao da lei penal, comete coação viciante, segundo o art. 98. Não se precisa tratar de coação ilegal, ou contrária a direito; não é o coagir que tem de ser ilegal, ou contrário a direito. A princípio, os juristas alemães deixaram-se levar por expressão que se pusera no § 123, alínea lt 2ª parte *(e.g.,* C. Crome, *System,* 1, 431; R. Leonhard, *Der Alígemeine Teil,*

529; W. v. Elume, Beitrâge, *Jherings Jahrbíicher,* 38, 253). Mas cedo foi repelida tal interpretação (L. Enneccerus-H. Lehmann, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 183; E. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 196; E.

Hólder, *Kommentar,* 274; 5. Angeloff, *Widerrechtliche Bestimrnung durch Drohung,* 27 s.) No sistema juridico brasileiro, não há razão para qualquer dúvida.

O propósito de coação teria, para E. Hólder *(Rommentar,* 1, 274) e W. v. Elume (Beitráge, *Jherings Jahrbocher,* 38, 231), de ser consciente. Contra tal subjetivismo, G. Planck *(Kommentar,* 1, 303 sã, que dispensa o elemento consciencial. O que se aproveita do próprio ato ou omissão, para obter que outrem pratique o ato que não quereria, coage. Outros, como E Haras *(Die widerrechtilche Bestimmung durch Drohung,* 34) excluiam como elemento essencial a representação do resultado, de modo que o louco coagiria, com as consequências da invalidade (art. 111, § 1v).

2. *Exercício irregular de direito, pretensão, ação e exceção.* Em princípio, quem ameaça de exercer direito, pretensão, ação, ou exceção, não coage; mas sabemos hoje como era injusto o * *Neminem laedit qui suo lure utitur.* O exercício há de ser regular (art. 160,1, 2ª parte) ou normal (art. 100). Inclusive se há permissão, *in casu,* da justiça de mão-própria, ou de legítima defesa, ou de atos em estado de necessidade. Se alguém deve a A, e A ameaça com execução forçada para que o ameaçado lhe compre ou lhe venda casa, abaixo do preço que se encontraria facilmente, coação há. *Aliter,* se, com isso, apenas cobra a dívida e dá ao devedor escolher entre pagar, e ser executado, ou dar em soluto. Nos tratos comerciais, pode A ameaçar a E de não mais lhe reformar promissórias, ou descontar duplicatas, ou dar preferência a outro banco, para depósitos, ou a alguma fábrica, em luta comercial com outra, ligada ao banco. Não há, aí, coação invalidante.

Não é coação a ameaça de requerimento fundado de falência, ou de protesto de títulos cambiários ou cambiariformes (Tribunal de Apelação do Ceará, 10 de março de 1944, *R(JD* 144/ 137; 5ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 3 de agosto de 1939, *RT* 121/192), nem a de dar queixa crime, se tal ameaça somente tem por fito aquilo a que se tem direito (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de maio de 1940, *RT* 127/560), ou o pedido de abertura de inquérito policial, se há base para isso, e não se teve por fito outra

coisa que aquilo a que se referiria o inquérito (cp. 2ª Câmara do Tribunal de Apelação do Paraná, 551

28 de dezembro de 1943, *RI* 39/137).

A ameaça de denúncia criminal, feita ao gerente, é, de regra, exercício normal de direito; não, porém, a ameaça de denúncia de alguém, feita a terceiro; a ameaça de denúncia, quanto a ato de pessoa da família, é viciante do ato jurídico. A doutrina repele que se admita a validade de ato jurídico obtido com ameaça de denúncia contra pessoa da família do constrangido (G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 303). Forçar alguém a indenizar pelo ato ilícito de terceiro, que se diz tê-lo praticado, é coagir; salvo se se reconheceu, *declaradamente,* a responsabilidade. Essa exceção é a única.

O ato do coactor pode ser negativo sempre que ele utilize a sua inação para o fim de obter a manifestação de outrem. Mas épreciso que tivesse ele de praticar o ato, ou objetivamente pudesse o coagido contar com a sua prática; isto é, que haja certa ligação fática ou jurídica entre a atividade e a inatividade. Basta, por exemplo, que A mantenha aberta ao público, de fato, a fonte de água e de repente a feche, exigindo de B que lhe venda o terreno ao lado, se o dano para os animais de B seriam pesados, não ficando a B outro caminho.

Há de existir o dever jurídico de praticar o ato, que se omite, ou ter-se de contar com a continuidade dos atos ou do ato (cf. 5. Angeloff, *Widerrechtilche Bestimmung durch Drohung,* b). A seqtiência de atos ou o fluxo do ato continuado quebra-se com a iniciativa para ameaçar, ou coagir.

Segundo o art. 100, não se considera coação o exercício normal de um direito. Entenda-se: exercício regular do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção. Portanto, o exercício anormal ou irregular do direito, da pretensão, da ação ou da exceção é ato ilícito (arg. ao art. 160, 1, V parte) e pode bastar a compor a figura da coação. As circunstâncias é que podem servir a responder-se (5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de agosto de 1939, *RT* 121/192) se o exercício foi normal ou anormal (abusivo, irregular), inclusive quanto ao exercício da autoridade policial (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de março de 1944, 153/601).

3. *Direção da ameaça.* No art. 98, diz-se: “A coação, para viciar a

manifestação de vontade, há de ser tal, que incuta ao paciente fundado temor de dano à sua pessoa, à sua família, ou a seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido."~ Consideremos a *direção* da ameaça. Em boa técnica legislativa, deveria ser indiferente a direção: pode a ameaça ao amigo, ou à pessoa que se estima, ou que apenas se admira, ser mais coactiva do que a ameaça à pessoa da família; pode bem ser que a ameaça seja à cidade, ou à vila, ou ao Município, ou ao Estado Federado, ou ao pais, em que a família do ameaçado e ele mesmo não se acham. O art. 98 limita. Há de ser dano ao que há de praticar o ato, ou à sua família (no mais largo sent ido, incluindo-se o cônjuge, os chamados filhos de criação e todos os que têm laço de parentesco consangUíneo, ou afim, com o ameaçado; se as circunstâncias excluem que pudesse tal ameaça determinar a manifestação de vontade é questão à parte). "Bens", aí, são os do ameaçado, ou os de pessoa da família, inclusive do próprio coactor, membro da família.

4. *Suporte fático do ato anulável por vício de coação.* Examinando o suporte fático de ato jurídico anulável pela coação, o que se encontra, como causa do vício, é o temor (art. 98), o medo, *metus,* palavra de origem incerta (novo-irico *meata,* cobarde; *motriti,* do velho búlgaro, esperar, ficar à espreita; *mtú,* angustia, angusto?). A manifestação de vontade entra no mundo jurídico marcada; pois há, mesclada a ela, determinando-a, a ameaça de outrem. A ameaça precisa ter existido e ter sido causa. Se o manifestante da vontade se deixou levar por falsas informações, só ele causou a manifestação de vontade, só ele agiu. Se, em vez disso, tomou como séria a pilhéria do ameaçante, ameaça existiu, e a ação de outrem se inseriu como causa, a despeito da pilhéria

(6.

Planck, *Komrnentar,* 1, 2ªed., 305; sem razão, 3. Kohler, *Lebrbuch,* 1, 518). Diga-se o mesmo a propósito das ameaças didáticas ou clínicas. Naturalmente, hão de ser pesadas as circunstâncias subjetivas e objetivas (art. 99). É preciso que haja *vis compulsiva* como forma da ameaça em ato concludente. Se, para evitar o dano, com que é ameaçado, o coacto propõe outro ato jurídico que aquele que o coactor tinha por fito da intimidação, de regra vale o ato jurídico; não assim, se, com isso, o coacto apenas quis sacrificar o mínimo, e em verdade a ameaça continuou. O Código Civil exige que o temor seja fundado; porém o ser fundado se aprecia no que é a ameaça, tal como se apresenta: coagir com arma, que se crê carregada, sem estar, é

coagir, causando temor fundado; o que não é fundado é o temor de falsa ameaça, ou de que o homem de bem envenene as águas da fazenda. A expressão "fundado" apenas é conceito a que corresponde o art. 99, que manda considerar-se in *concreto* o temor (cf. Código Civil suíço, arts. 29 e 30; E Fick, *Commentaire,* 1, 78). O

art. 99 evita que o juiz se tenha de adstringir ao conceito de homem médio ou normal (talvez assim, no direito 551

romano, cf. Paulo, L. 6, D., *quod metus causa gestum erit,* 4, 2: "... pertence a esse Edicto, não o medo de homem cobarde, *vani hominis,* mas o medo que seja razoável e em homem de ânimo constante, *in bom me constantissimo").* Apenas o art. 99, se abre frestas para a apreciação *in concreto,* também a limita.

O mal receável não precisa ser presente. O medo, sim: *metus praesens,* que se distingue de *suspicio metus inferendi* (L. *9, pr., quod metus causa gestum erit,* 4, 2). Foi erro pensar-se na exigência de haver mal presente ou próximo (A. Schliemann, *Die Lebre* vom *Zwange,* 28; E Raras, *Die wtderrechtliche Bestimmung durch Drohung,* 28; R. Dieke, *Voraussetzungen der Anfechtbarkeit wegen Drobung,* 8; sem razão, H. Dernburg, *Pandekteri,* 1, 7ª ed., 240; G. Hirsch, *Zur Lebre vom Zwange,* 8). No Código Civil francês, art. 1.112, há tal erro de técnica legislativa *(verbis* "à un mal considérable et présent"). No Código suíço das Obrigações (1881, art. 27, *verbis* "mit einer nahen und erheblichen Gefahr"; 1911, art. 30) falou-se de perigo iminente, mas a doutrina distinguiu mal iminente, que é disso que se trata, e ameaça iminente (V. Rossel, *Manuel,* 1, 70).

Teixeira de Freitas aludiu a "mal iminente, ou verossímil" (Esbôço, art. 490).

5. *Dano futuro e intimidação ou amedrontamento.* O dano futuro, com que se intimida, pode ser ao corpo, à vida, à integridade física ou moral, à liberdade, à honra, a quaisquer direitos de personalidade, ou ao patrimônio. O coactor, membro da família, pode coagir invalidantemente se ameaça com suicídio, ou destrui-

ção de bem. Aí, há ameaça de dano aos sentimentos do coacto (ofensa à integridade moral).

Segundo o art. 98, o dano, com que se ameaça, há de ser "igual, pelo menos, ao receável do ato extorquido". Hão de pesar-se o dano futuro

da ameaça e o dano presente e futuro, ou só futuro, do ato jurídico, que se quer arrancar ao coacto. *Coactus voluit:* ou se expõe o ameaçado àquele, ou o evita, praticando o ato, que se lhe impõe. Dentro dele, dá-se, psicologicamente, a pesagem; mas a lei não quer que fique somente a ele a valorização desses danos. Há de dever certa proporção entre o dano, com que se intimida, e a manifestação de vontade. Os sistemas jurídicos têm de referir-se a ela. Ou aludem legisladores e juristas àgravidade, porque é critério para se saber se a ameaça causou a manifestação de vontade; ou exigem a relevância objetiva (cf. Th.

Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 1ª ed., 420), ou querem que seja maior o dano com que se ameaça, ou

"igual, pelo menos". ~Como, porém, pesar-se dano moral, em relação a dano material? Se A ameaça a B de desmoralizar C, filho de B, pelos jornais, se não paga a dívida a A, ou a D, o valor do pagamento por B é de presumir-se inferior ao valor de desmoralização de C. Os danos aos direitos de personalidade passam, de regra, à frente dos outros direitos, patrímoniais ou não. Há, também, certa escala dos atos jurídicos: o que diz ter-se casado, coactamente, porque o pai da mulher, com quem se casou, o ameaçou de denunciar o arrendamento da fazenda, sobrestimou os interesses patrimoniais. *Aliter,* se a vida ou a honra foi ameaçada.

No direito alemão, discutiu-se se era preciso, ou não, esse pressuposto da eqoiponderância ou preponderância do mal receável em relação ao mal que a prática do ato jurídico acarreta (afirmando-o: E

Endemann, *Einfúhrung,* 8ª ed., 315; B. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 3ª ed., 218; 8. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 419 s.; contra: 6. Planck, Begriff der Widerrechtlichkeit in § 123 8GB, *Fest gabe fik* F. Regelsberger, 163; RarI Gareis, *Alígemeiner Teil,* 150; V. Kolbe, *Das erzwungene Rechtsgeschäft,* 26; E Raras, *Die widerrechtliche Bestimmung,* 20; A. Wieseler, *Die Widerrechtlichkeit der Drohung,* 18). O Código Civil brasileiro, art. 98, deu solução explícita.

6. *Elementos e circunstâncias subjetivas.* "No apreciar a coação se terá em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias, que lhe possam influir na gravidade" (art.

99). Tal apreciação é para se saber se a coação foi o fator determinante da emissão da manifestação de vontade. Busca-se a

relação de causalidade entre a coação e a prática do ato jurídiço. A regra jurídica do art.

99 éapenas indicativa de elementos aumentativos da receptividade do paciente. À diferença do direito alemão, o direito brasileiro exige que o temor seja *fundado* (cp. Código Civil austríaco, art. 870, suíço, art. 30, francês, 1.122 s.). Temor infundado não vicia a vontade. Com essa atitude, o legislador não fugiu à *individualização da coação;* mantendo-se, quanto possível, no plano dos pressupostos objetivos, pois que exigiu ser fundado o temor, — admitiu que se levassem em conta o sexo, a idade, o temperamento e todas as demais circunstâncias que possam influir na vontade do ameaçado. Não é infundado o temor que incute o portador de arma, ainda se não está carregada, pois o paciente não conhece *essa* circunstância. O ser fundada há-se de apreciar pelo que o homem comum entenderia ser, tal como aparece a ameaça. Quanto à receptividade do paciente, melhor do que o art. 99, estatuiu o art. 938 do Código Civil argentino: "La intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, habitudes ó sexo, pueda juzgarse que ha debido racio-nalmente hacerle una forte impresión." A ameaça de surrar o boxeador pode ser ridícula; e certamente o é se 551

parte de pessoa frágil. A ameaça de matar a mãe ou o filho de alguém, por parte de quem nunca faria isso, não pode ser causa determinante da prática do ato jurídico; mas poder admiti-lo, pelas circunstâncias, ou idade, o ameaçado, torna a ameaça causa da manifestação de vontade. Se o ameaçante sabe que a sua ameaça pode levar o ameaçado à prática do ato jurídico, e esse se moveu a praticá-lo devido à ameaça, está estabelecida a relação causal.

O

art. 99 de si só faz repelir-se, no sistema jurídico brasileiro, toda referência a homem razoável, homem comum e outros conceitos abstratos. A apreciação é *in concreto,* atendendo-se àreceptividade do coagido *(e.g.,* 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 13 de setembro de 1949, *AJ* 94/408, sobre não haver coação em se tratando, in *casu,* de advogado; Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 30 de setembro de 1938, *RT* 117/298; Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de março de 1938, 114/ 276, cessão de direitos hereditários por mulher idosa, mal conhecendo o português, no dia seguinte ao enterro da filha, sem qualquer pessoa que a amparasse ou a ela assistisse; 4ª Câmara, 16 de maio de 1940, 128/543, imposição do patrão do modo à filha, quanto a aceite de letra de câmbio, para acertar as contas do falecido).

7.Temor reverencial e exercício normal de direito. O temor reverencial não basta a compor o temor de que fala o art. 98. Di-lo o art. 100: "Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial." Adiante, § 461, nº 1 e 2.

Todo ato de coação, que é crime, e, necessariamente, no plano do direito privado, contrário a direito (A.

Wieseler, *Die Widerrechtlichkeit der Drohung,* 22; sem razão, E. Hertz, *Das Unrecht,* 20).

§ 460. Coactor e anulabilidade dos atos jurídicos

1. *Autor da coação.* De quem parta a ameaça, com que se obtém o ato jurídico, não importa. Pode ser o outro figurante do negócio jurídico bilateral, ou multilateral, ou do ato jurídico *stricto sensu* bilateral, ou multilateral; pode ser o destinatário da manifestação de vontade receptícia, ou o *unus ex publico* que se inclui entre as pessoas que podem entrar em concurso, ou atender à promessa ao público; pode ser, em quaisquer das espécies, terceiro, ou grupo de terceiros, quer se trate de manifestação de vontade em contrato, em outro ato jurídico bilateral, ou em ato jurídico unilateral, receptícia ou não-receptícia. Pode-se pedir a decretação da anulação da renúncia à herança, ou da anulação da aceitação, ainda que a ameaça tenha partido de estranho.

Inclusive pode a ameaça partir de anônimo, de massas populares, ou profissionais, de grupos sociais acidentais. E preciso que o ameaçante espere o mal, ou dano, cuja ameaça foi determinante; ou pudesse esperálo, tal como a ameaça tinha de aparecer ao ameaçado. A anulabilidade independe de aquele, a quem aproveitou a coação, tê-la conhecido. Se a conheceu, responde solidariamente por perdas e danos com aquele zjue coagiu. E o que estatui o art. 101, § 1ª:

"Se a coação exercida por terceiro for previamente conhecida àparte, a quem aproveite, responderá esta solidariamente com aquele por todas as perdas e danos." O terceiro pode ser o maior interessado na prática do ato jurídico; mas a razão de se abstrair da cognição pelo figurante é outra: não se pesam interesses; vê-se o fato da *vis compulsiva,* no que atinge o coacto. A coação é que há de ser dirigida à determinação da

manifestação de vontade: há de ter havido, por parte do intimidante, a vontade de determinar o intimidado, pela coação, ao ato jurídico. Não bastaria ter sido esse determinado pela ameaça com outro fito; *e.g.,* o vendeiro ameaçou o outro, vizinho, devido a rixas, e, para evitar lutas, esse vendeu o negócio, ainda que ao próprio ameaçante, que não teve tal intuito. O fim da ameaça pode ser posterior ao início dela: basta que perdure; a ameaça é, de regra, posterior à iniciativa do ato jurídico, mas pode ser simultânea ou anterior A iniciativa pode ser do coacto, ou do outro figurante; se posterior à ameaça, ou há de partir do que ameaça, ou ter sido determinada pelo coactor. No caso de fim posterior à ameaça, há de ser do coactor a iniciativa do ato jurídico (1 Kohler, Die Menschenhúlfe im Privatrecht, *Jal-irbúcher fOr die Dogmatik,* 25, 18), pelo menos quanto a elemento do ato jurídico.

2. *Coactor e ato não-sério.* De ordinário, o coactor é culpado. Não é, porém, pressuposto necessário a culpa (subjetiva). O coactor há de ter tido em mira o ato jurídico, ainda que se trate de coactor terceiro. Não precisa ter capacidade delitual (6. Planck, *Kommentar,* 1, Q ed., 304; P. Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 388; O.

551

Warneyer, *Kommentar,* 1, 193; sem razão: E. Hôlder, *Alígemeiner Teil,* 272; 3. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 518; W.

v. Blume, Beitráge, *Jehrings JahrbOcher,* 38, 231); nem deixa de haver causa de anulação, se o coactor ameaçou por pilhéria, ou outro propósito não sério, ou estranho ao direito (Heímbach, *Rechtslexikon,* IX, 214; R. Dieke, *Voraussetzungen der Anfechtbarkeit wegen Drohung,* 12). A ameaça pertence ao mundo fático. Se o louco intimidou a alguma pessoa, de modo a levá-la à prática do ato juridico, nem por isso deixa de ser anulavel o ato jurídico Outrossim, quando houve erro da parte do intimidante, inclusive quanto a ter direito à intimidação (e.g., admitia O coactar que estava em defesa propria, cf. L. Enneccerus Lehrbuch, 1, 30" 3ª ed., 43v).

§ 461. Que atos jurídicos são anuláveis por vis compulsiva!

1.Negócios jurídicos e atos jurídicos stricto sensu. Todos os negócios juridicos são anuláveis pela coação. Os atos jurídicos stricto sensu são,

também, anuláveis pela coação (e.g., reclamação ou interpelação de pagamento; fixação de prazo; reclamação ou interpelação para que se tenha como ratificado algum ato pelo reclamado ou interpelado ou para que alguém declare aceitar, ou não, a doação proibição de uso do nome, conforme se previa no art. 324; comunicação de que vai deixar a casa alugada ou de que não recebe a coisa prestada; constituição de domicilio, perdão) As exteriozações de representações (manifestações ou comunicações de conhecimento) embora não sejam deçlarações de vontade, contêm manifestações da vontade de exteriorizar representação, e como tais são atos jurídicos stricto sensu. Se alguem as forçou de modo absoluto, forçou e talvez tenha faltado á verdade (falsidade do comunicado); se as forçou compulsivamente, o ato de exteriorizar, como escolha de comunicar ou não, volitivo, e pode ser anulado.

2.Atos-fatos jurídicos. Quanto aos atos-fatos juridicos, tudo muda. Quem "compõe obra científica, literária, ou artística, absolutamente forçados não compôs Quem foi coagido é certo que a compôs, e não há pensar-se em anulação. Basta a declaração e para que nenhum efeito lurídíco produza o ato fato jurídico . Nem se anula, por vicio de coação a aquisição originária da posse: posse que se adquiriu violentamente (vi) , é posse viciada

, porém não anulável a aquisição porque o ato de adquirir é fato, e não ato jurídico stricto sensu, nem, a fortiori, negócio jurídico; nem se anula o abandono da posse, nem a ocupação, nem o descobrimento do tesouro, nem o achádego. A tomada de posse, que se fez sob constrangimento, não é anulável; pode ser anulado, pela coação, o acordo de transmissão de posse ou da propriedade. Quando A toma posse de coisa, ameaçando a B de disparar o revólver, B perde a posse e A a adquire (mundo fático), embora viciada pela violência *(vi);* não se pode pensar em transmissão da propriedade, porque nenhum acordo houve nesse sentido; se A força a B a assinar contrato de venda e compra e acordo de transmissão da propriedade, o contrato e o acordo são anuláveis, não a tomada de posse. A tomada de posse, com arma, ou, em geral, violenta, e a tomada de posse pelo ladrão, ou, em geral, a tomada clandestina de posse, são fatos do mundo fático, e equivalentes. O

ladrão sabe que está fora do mundo jurídico, como o esbulhador por violência. Aqui R. Henle *(Vorstellungs-iind tllenstheorie,* 70) e A. von Tuhr (Der *Allgerneine Teil,* II, 611, nota 44) aludem a não dar importância o ladrão à propriedade e se conformar com a posse; mas

isso é, psicologicamente e juridicamente, errado: o ladrão dá importância *à* propriedade, e é isso o que ele, contra direito, busca, — os seus atos é que não conseguem passar do mundo fático ao mundo jurídico. Se há qualquer elemento de ação, por parte do possuidor constrangido, como se, sob ameaça, entrega a coisa, ou a remete, houve acordo de transmissão, atingido pelo vício da coação. A posse, embora derivada**,** *é* viciada, pelo fato da força, elemento anormal no suporte fático tia transmissão possessória.

Assim, se A forçou a B a que lhe pagasse e B devia, realmente, a A, pagamento houve, que *é* ato-fato jurídico, e não há pensar-se em anular-se pagamento. Se B exigiu, com violência, de A quitação, sem ter pago, ou não tendo solvido por outro modo,A pode demandar a B pela anulação da quitação, porque quitação não é ato-fato jurídico.

Alguns juristas dizem que a entrega da posse pode ser anulada se o devedar foi coagido a solver; e, então, a tradição se anula. Ora, o que se anula, aí, é o acordo de transmissão da propriedade, e não a entrega-tomada, que é ato-fato jurídico. A reivindicação, logica posterior á anulação do acordo, é para se reaver a posse. Não se pode ir, desde logo, com a ação possessória, contra a qual fosse ineficaz a alegação do credor.

Tem-se de pedir a anulação, antes da reiv:ndicação, — não cumular àquele esse pedido (assim com razão, G.

Planck, *Kormentar,* 1, 1ª cd., 302; sem razão, 1(. Hellwig, *Grenzen der Rŕickwirkung,* 6). A sentença, que anula o ato, é constitutiva negativa. Se condenou o réu a entregar a coisa (= restitui-Ia), tem-se de executar 551

(actio *iudiccti)* essa parte da decisão, ainda se a sentença mesma, sem eficácia executiva imediata, manda que se restitua in *natura.*

§ 462. Contrariedade a direito

1. *Meio contrário a direito* ou fim contrário o *direito.* Nos sistemas jurídicos, foi-se firmando que a ameaça, para que alguém manifeste vontade, somente seja invalidante do ato jurídico, se *contrária* o *direito* a direção da vontade do ameaçante para que o coacto manifeste a

vontade. Portanto, há de ser contrário a direito ou o meio, ou o fim. Ali, há contrariedade do meio a direito *(e.g.,* se, com o revólver, A força B a dar-lhe o relógio em solução do que lhe deve, ou de parte do que lhe deve, ou a mais do que lhe deve, dá-se contrariedade do meio a direito, posto que A tivesse direito ao pagamento). Aqui, contrariedade do fim a direito (e.g., se o meio é lícito, como o dar queixa, ou denunciar, mas se emprega para fim contrário a direito, inclusive para se cercear a liberdade de outrem a fazer ou não fazer, dá-se contrariedade do fim a direito, ainda que o meio seja lícito). Temos, pois, que a contrariedade do meio a direito *basta;* se não há tal contrariedade do meio a direito, *basta* que haja quanto ao fim. Por isso: a) a ameaça de dar queixa, ou denúncia, por algum crime ou contravenção, se o ameaçado não subscreve nota promissória, em substituição do titulo que tem, ou por divida sem prova escrita, éinvalidante do ato jurídico cambiário (contrariedade do meio a direito, *sem* contrariedade dc‟ fim a direito); *b) a* ameaça a B, de cobrança de divida, por A, se não casa com alguém, C, ou com o credor A, é invalidante do ato jurídico do casamento; idem, é anulável a venda e compra, se a cobrança é para forçar a vender a casa a A, ou a C (contrariedade do fim a direito, sem contrariedade do meio a direito); *c)* se o que praticou o ato ilicito, absoluto ou relativo, sob a ameaça de processo criminal, é constrangido a dar em soluto da indenização, ou a restituir o que esbulhou, não há invalidação do ato jurídico *(obter,* se quem dá em soluto, coacto, ê terceiro, G. Planck, *Kommentar,* 1, „1ª ed., 303, ou se a divida não é efeito do ato ilicito, a que se refere a ameaça, P. Oertmann, *Allgerneiner Teil,* 432); *d)* se alguêm coage, com arma de fogo, para que o coacto se decida a vender a casa pelo preço que o intimidante fixa, ou que o oferente da compra fixou, sem que o ofertado quisesse, há invalidação por duplo fundamento (contrariedade do meio a direito *mais* contrariedade do fim a direito).

Por onde se vê que a ameaça, em si, não precisa ser contrária a direito; basta que o seja o meio ou o fim.

Se o meio écontrário a direito, há coação, ainda que o beneficiado pelo ato jurídico tenha direito à manifestação de vontade (G. Planck, *Konimentor,* 1, 302; K. Cosack, *Lehrbuch,* 1, 6ª cd., 257; Maria Munck, *Die wtderrechtliche Drohunq* des § *123* ECE, 64; B. Matthiass, *Lehrbuch, 6ª-7ª* cd., 1, 115; sem razão, E.

Hólder, *Allgemeíner Teil,* 272; R. Leonhard, *Der Aligerneine Teil,* 521; W. v. Biume, Beitráge, *Jherinqs Jahrbí2ªher,* 38, 225). Se o coactor, ou aquele a quem o ato juridico interessa, não tem direito à manifestação

de vontade, forçá-la é ter fim contrário a direito; idem, se tem direito mutilado (= sem pretensão, ou sem ação), ou se tem direito, ou pretensão, ou ação, e exerce aquele, ou esse, com fim irregular (O. Warneyer, *Nommentar,* 1, 192). O ameaçar com a autodeformação, se o ameaçante é pessoa da familia (art. 98), ou com destruição de coisa própria (art. 98, *verbis* "seus bens", em que se incluem os do ameaçado e os dos membros da familia), **é** invalidante.

Seria simplismo a repelir-se pensar-se que a coação somente vicia se o meio é contrário a direito, ou se só é contrário a direito o fim. No fundo, o que precisa ser contrário a direito é a coação mesma. Se B quer vender a A e A está indeciso, por ser pesado, para ele, o preço que B pede, mas B prende, contra a lei, papéis se reaver a posse. Não se pode ir, desde logo, com a ação possessória, contra a qual fosse ineficaz a alegação do credor. Tem-se de pedir a anulação, antes 4a reiv:ndicação, — não cumular àquele esse pedido (assim com razão, G. Planck, *Kornrnentar,* 1, 4ª ed., 302; sem razão, K. l-{ellwig, *Grenzen der Rtickwirkung,* 6).

A sentença, que anula o ato, é constitutiva negativa. Se condenou o réu a entregar a coisa (= restitui-la), tem-se de executar *(actio iudicoti)* essa parte da decisão, ainda se a sentença mesma, sem eficácia executiva imediata, manda que se restitua *in natura.*

§ 462. Contrariedade a direito

1. *Meio contrário a direito ou fim contrário a direito.* Nos sistemas jurídicos, foi-se firmando que a ameaça, 551

para que alguém manifeste vontade, somente seja invalidante do ato jurídico, se *contrária a direito* a direção da vontade do ameaçante para que o coacto manifeste a vontade. Portanto, há de ser contrário a direito ou o meio, ou o fim. Ali, há contrariedade do meio a direito *(e.g.,* se, com o revólver, A força B a dar-lhe o relógio em solução do que lhe deve, ou de parte do que lhe deve, ou a mais do que lhe deve, dá-se contrariedade do meio a direito, posto que A tivesse direito ao pagamento). Aqui, contrariedade do fim a direito (e.g., se o meio é lícito, como o dar queixa, ou denunciar, mas se emprega para fim contrário a direito, inclusive para se cercear a liberdade de outrem a fazer ou não fazer, dá-se contrariedade do fim a direito, ainda que o

meio seja lícito). Temos, pois, que a contrariedade do meio a direito *basta;* se não há tal contrariedade do meio a direito, *hasta* que haja quanto ao fim. Por isso: *a)* a ameaça de dar queixa, ou denúncia, por algum crime ou contravenção, se o ameaçado não subscreve nota promissória, em substituição do titulo que tem, ou por dívida sem prova escrita, éinvalidante do ato jurídico cambiário (contrariedade do meio a direito, sem contrariedade dc‟ fim a direito); *b)* a ameaça a B, de cobrança de dívida, por A, se não casa com alguém, C, ou com o credor A, é invalidante do ato jurídico do casamento; idem, é anulável a venda e compra, se a cobrança é para forçar a vender a casa a A, ou a C (contrariedade do fim a direito, sem contrariedade do meio a direito); c) se o que praticou o ato ilicito, absoluto ou relativo, sob a ameaça de processo criminal, é constrangido a dar em soluto da indenização, ou a restituir o que esbulhou, não há invalidação do ato jurídico *(obter,* se quem dá em soluto, coacto, é terceiro, G. Planck, *Rot-nmentar,* 1, V cd., 303, ou se a dívida não é efeito do ato ilícito, a que se refere a ameaça, P. Oertmann, *Aligemeiner Te!!,* 432); *d)* se alguém coage, com arma de fogo, para que o coacto se decida a vender a casa pelo preço que o intimidante fixa, ou que o oferente da compra fixou, sem que o ofertado quisesse, há invalidação por duplo fundamento (contrariedade do meio a direito *mais* contrariedade do fim a direito).

Por onde se vê que a ameaça, em si, não precisa ser contrária a direito; basta que o seja o meio ou o fim.

Se o meio écontrário a direito, há coação, ainda que o beneficiado pelo ato jurídico tenha direito à manifestação de vontade (G. Planck, Kom *mentor,* 1, 302; K. Cosack, *Lehrbuch,* 1, 6ª cd., 257; Maria Munck, *Die widerrechtliche Drohung des* § *123 BGB,* 64; E. Matthiass, *Lehrbuch,* 6ª-7ª cd., 1, 115; sem razão, E.

Helder, *Aligemeiner Te!!,* 272; R. Leonhard, *Der Aligemeine Teil,* 521; W. v. Elume, Beitrâge, *Jherings iahrbúcber,* 38, 225). Se o coactor, ou aquele a quem o ato jurídico interessa, não tem direito à manifestação de vontade, forçá-la é ter fim contrário a direito; idem, se tem direito mutilado (= sem pretensão, ou sem ação), ou se tem direito, ou pretensão, ou ação, e exerce aquele, ou esse, com fim irregular (O. Warneyer, *Nommentar,* J, 192). O ameaçar com a autodeformação, se o ameaçante é pessoa da família (art. 98), ou com destruição de coisa própria (art. 98, *verbis* “seus bens”, em que se incluem os do ameaçado e os dos membros da família), é invalidante.

Seria simplismo a repelir-se pensar-se que a coação somente vicia se o

meio é contrário a direito, ou se só é contrário a direito o fim. No fundo, o que precisa ser contrário a direito é a coação mesma. Se B quer vender a A e A está indeciso, por ser pesado, para ele, o preço que B pede, mas B prende, contra a lei, papéis de A, como funcionário público, ou banqueiro, de modo que A saiba que só os soltará quando a venda e compra se perfizer, B coage, e contrário a direito é o meio. Mas pode B coagir sem ser por ato contra lei: o banqueiro diz precisar de x, em empréstimo, para despachar os papéis no tempo devido. Outro modo de coagir é espalhar boatos que dificultem extremamente ou impossibilitem negócios do ameaçado com outra pessoa que o coactor, que espalha ou manda espalhar.

2. *Exercício irregular de direito, pretensão, ação* ou *exceção.* A intimidação por meio de exercício de direito, pretensão ou ação pode ser invalidante, se tal exercício é contrário a direito (art. 160, 1, 2ª parte). O art. 100, V

parte, diz: "Não se considera coação a ameaça de exercício normal de um direito." À mesma solução ter-se-ia de chegar se não houvesse a letra da lei. Lá está o art. 160, 1, 2ª parte.

Para bem vermos as diferentes espécies, examinemos todas elas, considerando o meio permitido (P), o meio autorizado (A), e o fim permitido (P) e autorizado (A), bem como o meio e o fim contrário a direito (C), tendo-se por independente de qualquer indagação da normalidade ou regularidade do ato-meio toda a espécie marcada com *.

Meio

Fim

1

*C

C

2

*C

P

3

C

A

4

A

C

551

5

? A (art. 100, 1) parte)

P

6

? A (art. 100, V parte)

A

7

*p

C

8

? P (art. 100, V parte)

P

9

? P (art. 100, V parte)

A

Consideram possível a coação, em 5 e 6, G. Planck (Eegriff der Widerrechtlichkeit, *Festgabe fOr* E

Regelsberger, 176), E Raras *(Die widerrechtilche Bestimmung durch Drohung,* 54), V. Rolbe *(Der erzwungene* Rechtsgeschâft, 37) e H. Rehbein *(Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 143). Contra: W. von Elume (Beitrâge, *iherings JahrbOcher,* 38, 253), E. Helder *(Konirnentar,* 272), CarI Crome *(System,* 1, 431 s.), R.

Leonhard *(Der Alígerneine Teil,* 529).

Se o meio é contrário a direito, a coação também o é (1,2,3).

Se o fim é contrário a direito, a coação é contrária a direito (1, 4, 7), e pode dar-se, até, ilicitude do ato jurídico (art. 145, II), ou isso e ilícito penal.

Se o meio é exercício de direito, pretensão, ação, exceção, dever, ou obrigação *(e.g.,* atos de autoridade policial), é preciso que seja *normal* (cp. regular, art. 160, 1, 2a parte) o exercício (art. 100, 1ª parte). O direito brasileiro não aludiu à imoralidade, à ofensa aos bons costumes etc., para não desviar o problema, como, aliás, fizeram W. von Elume (Beitrâge, *Jherings Jahrbúcher,* 38, 257), E. Helder *(Kommentar,* 274), R. Leonhard *(Der Aligemeine Te!!,* 529; A. Wieseler, *Die Widerrecht!ichkeit der Drohung,* 41; E Raras, *Die widerrechtliche Bestimmung,* 60).

§ 463. Coação invalidante exercida por terceiro

1. *Conteúdo do art. 101 do Código Civil.* "A coação vicia o ato, ainda quando exercida por terceiro" (art. 101).

A coação, não a vis *absoluta.* Se o terceiro violentou, de modo absoluto, o figurante *(e.g.,* se, tomando-o pelo braço, com o dedo do paciente calcou o botão que correspondia à resposta, ou a escolha do número, no instrumento receptor ou no jogo permitido), o ato não é viciado; não há ato jurídico. Ainda que se prove que o dedo do paciente deixou a impressão digital, a prova de que a violência foi absoluta exclui que o paciente tenha calcado o botão: foi o dedo, com o impulso do violentador, e não o paciente, que o calcou. Houve a

força do pulso do coactor; não a *vis compulsiva.*

2. *Desconhecimento da coação de terceiro, pelo outro figurante.* Se há *vis compulsiva,* o ato do paciente é anulável, embora aquele que figura no ato jurídico, ou os destinatários não figurantes, desconheçam a coação.

O conhecimento da coação somente tem importância para se saber se o figurante ou destinatário responde por perdas e danos. Diz o § 1ª do art. 101: "Se a coação exercida por terceiro for previamente conhecida à parte, a quem aproveite, responderá esta solidariamente com aquele por todas as perdas e danos." E o § 2ª: "Se a parte prejudicada com a anulação do ato não soube da coação exercida por terceiro, só este responderá pelas perdas e danos."

§ 464. Ação de anulação por ter havido coação

1. *Fundamento da ação de anulação.* O fundamento para se dar entrada, no mundo jurídico, ao ato em cujo suporte fático há coação, está em que, enquanto na *vis* absoluta, o constrangido não poderia querer, tem ele, na coação, a *escolha* entre sofrer o dano, de que se lhe ameaça, ou a alguém de sua família, e manifestar a vontade. Escolheu esse caminho; o ato fez-se jurídico, porém o vício da coação lá está. Dir-se-á que quis com reserva mental e essa é sem relevância: fica de fora do mundo jurídico. Reserva mental, propriamente, não houve; exatamente porque se escolheu entre os dois caminhos. O vicio, sim, marcou a manifestação de vontade; e a lei procura dar ao coacto o ensejo de ir contra fato que não foi só seu. Não há um *venire* contra
551

factum proprium; há o ir contra a conseqüência do fato de outrem, contrário a direito. Destruindo esse fato alheio, destrói a própria manifestação de vontade, que por aquele fato alheio, ato ilícito, fora determinada.

2. *Eficácia da* sentença *anulatória.* A eficácia da sentença éconstitutiva negativa.

§ 465. Dever e obrigação de restituir

1. *Desconstituição e conseqüência.* A anulação, desconstituindo o ato jurídico, dá a ação de restituição, se o desconstituir o ato jurídico não exauriu a eficácia da sentença. Onde não se pode restituir, indeniza-se. Donde as ações que são eficácia mediata da sentença de anulação (reivindicação, enriquecimento indevido etc.

indenização). A de indenização é paralela, razão por que, de regra, é intentada à parte. A ação de enriquecimento é ligada à de anulação e somente nasce com o trânsito em julgado da sentença anulatória; não se podem invocar, independentemente, os arts. 964-971 (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 194).

2. *Incidência do art. 158 do Código Civil.* A obrigação de restituir, que nasceu àqueles que cumpriram o ato juridico anulado, nasce com a sentença de anulação. Pode dar-se que o negócio jurídico de cumprimento seja também viciado e a sentença o atinja, ou o ato jurídico *stricto sensu,* que serviu ao adimplemento. Tal item tem de ser incluído na sentença, se foi articulado; mas, na dúvida, se entende que o foi (A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* II, 615). A obrigação de restituir, que nasce da decretação da anulação, entende-se desde a data do ato de adimplemento.

À restituição basta o elemento objetivo da coação, à diferença da indenização, que supõe elemento subjetivo. A restituição éeficácia real da sentença de anulação, ainda quando eficácia mediata.

§ 466. Dever e obrigação de indenizar

1. *Ilícito invalidante e* ilícito *absoluto.* O ilícito que há na coação é invalidante; mas também é ilícito no sentido do art. 159, que dá causa a dever e obrigação de reparar. A diferença do que se passa com a responsabilidade do art. 159, a que resulta do ilícito pela coação não exige elemento subjetivo: basta que tenha havido conhecimento da

ilicitude (art. 101, §§ 1ª e 2ª). Só há indenização se o prejuízo era previsivel pelo que coagiu ao ato jurídico. Os danos que provieram de circunstâncias imprevistas não são indenizáveis. A ação de anulação prende-se ao ato juridico; dele, por seu defeito, nasce. Não assim a ação de indenização fundada no art. 159, que é oriunda, sem qualquer fato intercalar, do ilícito da coação, que é delitual. Os deveres, que se violam, são deveres concernentes à vida de relação, e não a algum ato jurídico. O dever de indenizar nasce com o ato jurídico anulável. Ninguém pode, sem consequências, coagir a atos jurídicos.

Discute-se qual o direito que o coactor, ou ele e o figurante, que conheceu a coação, violam: a) ~A liberdade de fazer e de não fazer, de dar e de não dar? *b)* ~O direito de propriedade? *c)* ~Os bons costumes? *d)*

~A lei penal? A lei penal, não; porque, embora a coação viciante possa, também, constituir crime, não lhe épreciso a intenção de benefício patrimonial ilícito, nem deixa de haver anulabilidade se a figura criminal não se compõe. Os bons costumes, também não; porque a coação cometida com intuitos morais é invalidante. A propriedade, também não; o dano moral é suscetível de cômputo, bem como os danos a direitos de personalidade. À liberdade, sim; o que sofre o dano, embora constrangido, quis, mas foi coagido. Contra a opinião que vê na anulabilidade pela coação sanção a favor da liberdade de fazer ou não fazer, de dar ou não dar, insurgiram-se muitos juristas *(e.g.,* E Oertmann, L. Enneccerus, *e* A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 626, nota 133; com razão, G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ª ed., 309).

2. *O coactor e o figurante ciente.* O coactor ou o figurante ciente responde como se a pretensão à reparação fosse objeto de demanda judicial no momento em que se efetuou a prestação, pela destruição e deterioração da 551

coisa, pelos prejuízos que o coacto não teria sofrido, se o ato jurídico não se tivesse realizado, *mais* as despesas da anulação. Não responde pelo interesse eventual (lucros que teriam resultado do cumprimento de permanência do ato jurídico anulado): quem pede que se desconstitua, por fato de coação, não tem jus ao que proviria do desconstituido.

3. *A Ação de indenização é independente da ação de anulação.* O que foi vitima de coação invalidante, como de *vis absoluta,* pode pedir indenização, ainda que não proponha a ação de anulação, ou de declaração negativa. Ali, a anulação não é questão prejudicial; aqui, a decretação da inexistência o é. De modo que: proposta a ação de indenização, por vis *absoluta,* tem o juiz, previamente, de julgar a questão, implícita, da inexistência do ato jurídico; proposta a ação de indenização, por vis *compulsiva,* o juiz só tem de julgar, antes, a anulação, se essa foi pedida. São ações paralelas. Pode a ação de indenização só se exercer contra o terceiro (art. 101, § 29. Se o figurante conhecia a coação, ou se foi ele o coactor, a pretensão à indenização e a pretensão àanulação são independentes. O estado anterior teria de ser restabelecido segundo o art. 158, 1ª

parte; uma vez que não se desconstituiu o ato, tem-se de indenizar. A base, para isso, é o que representa interesse negativo da vitima. Por exemplo, se outro ato jurídico teria sido concluído com outros resultados (venda a C, por mais), tal diferença há de ser levada em conta para o restabelecimento do estado ao tempo da coação.

4. *Ação de indenização como única.* Casos há em que a ação que tem, ou que resta ao coagido, é a ação de indenização. Por exemplo: C impediu B de denunciar o contrato de locação. Ora, as abstenções puras não se anulam, ainda se a lei faz dependerem de mera omissão a existência e a eficácia do ato jurídico. Então, o caminho que se tem é só o da ação de indenização. (A manifestação de vontade, quando consiste em silêncio pelo que tem o dever de se manifestar, é positiva, e não se trata como abstenção. Se, porém, houve preclusão, ou, Já seria inútil a anulação, resta a ação de indenização.)

§ 467. Prescrição das ações de anulação pela coação e de indenização

1. *Ação de anulação e* prescrição. O art. 178, § 99, V, *a,* estabelece que a ação de anulação no caso de coação prescreve em quatro anos, contados da data em que ela cessar. A coação cessa quando o constrangimento, que deu causa à vontade coacta, não continua, de modo que não mais há ato do coactor que impeça a ação do constrangido. Se ele não pode agir, porque o estado de violência, ou situação de violência, persiste, seria desa-certado fazer-se começar de correr o prazo prescricional.

2. *Coação e começo do prazo prescricional da ação de anulação.* O fundamento para que o prazo de prescrição se conte, não da data do ato jurídico, e sim de quando cessou a coação, éadmitir-se que as coações possam ser seguidas de constrangimentos posteriores. A extensão do prazo liga-se a ser recomendável que se dê largo tempo, para que o coacto reflita e decida entre manter intacto o ato jurídico, que pode ter tido vantagens, ou não merecerem essas as despesas do processo, e pedir-lhe a anulação. Dentro do prazo, tem o que foi constrangido de evitar a prática de atos, inclusive silêncio, que possam ser interpretados como *ratificativos.* Por exemplo: não fez alegação, nem ressalva, durante processo que lhe movera o coactor-figurante ou simplesmente figurante, contra o qual iria a ação de anulação. Não há, contudo, para o titular da ação de anulação preclusão por termo ou ultimação do processo contra ele; ou houve, ou não houve a ratificação. A citação apenas interrompe a prescrição segundo os princípios (art. 172, 1; Código de 1973, art.

219, §§ 1ª-49.

De leqe ferenda, teria sido melhor que houvesse dois prazos, um contado da cessação da coação, preclusivo, e outro, mais longo, contado da data do ato jurídico, prescricional. Não estatuiu assim o Código Civil. O Código Civil alemão adotou dois prazos preclusivos, por entenderem os seus intérpretes que a impugnação por motivo de coação é exercício de direito formativo extintivo.

No direito brasileiro, o prazo é prescricional. Suspende-se, interrompe-se.

3. *Ação de indenização, prescrita a de anulação.* A prescrição é exceção. Pergunta-se: se expirou o prazo para a ação de anulação, continua proponível a ação de indenização, com fundamento no art. 101, §§ 1ª e 2ª?

Afirmativamente, G. Planck *(Komrnentar,* 1, 1ª ed., 309), O. Schreiber (Anfechtung und Wie-derherstellungsanspruch, *Gruchots Beitráge,* 52, 298 s.), M. E. Eccius (Schadenersatz durch erzwungene

Vertragsaufhebung, *Gruchots Beitráge,* 53, 309 s.) e A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teil,* II, 634). Argumenta G. Planck com a diferença entre as ações, a de anulação, que pode, por ser constitutiva negativa, alcançar terceiros, salvo se esse adquiriu propriedade, e a indenização, de eficácia só entre partes. Contra escassa jurisprudência, tal solução preponderou. No direito brasileiro, conforme se verá ao se tratar do prazo do art.

178, § 9ª, V, *b,* o mesmo havemos de entender.

4.Exceções e defesas. Sempre que à vitima da coação se exige, judicial ou extrajudicialmente, que cumpra deveres e obrigações oriundos do ato jurídico anulável por vício de coação, pode alegar que é anulável e pedir a anulação.

No processo, ou fora dele, a prescrição é exceção, e pode ser oposta pelo réu a qualquer tempo; e a ação pode estar prescrita. Aqui, o que alega é autor, mas pode, como autor, opor a exceção de prescrição.

Fala-se também de exceção que corresponde ao direito àreparação (1(. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 14 s.; *Lehrbuch,* 1, 254) e, pois, suscetível de ser oposta ainda após a prescrição da ação de indenização (A.

von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* II, 632); mas tal exceção não existe.

Certa jurisprudência alemã foi além: admitiu exceção de impugnação (ou de anulação), que subsistiria à preclusão da pretensão à anulação. Nem aquela, nem, *a fortiori,* essa opinião se devem acolher. O que deixou de pedir a anulação pode pedir a indenização, se a pretensão a essa não prescreveu; não há, porém, exceção de anulabilidade que sobreviva.

A renúncia à ação de anulação não significa renúncia à ação de indenização, nem vice-versa. A ratificação do ato juridico, sim significa renúncia à ação de indenização, fundada no art. 101, §§ 1ª e 2ª.

5. Exceptio metus. Não há, no direito brasileiro, exceção geral de

medo ou coação. Sempre, porém, que houve crime e não está prescrita a ação criminal, a exceção de coação pode ser oposta, pelos mesmos fundamentos por que, se há o suporte fático do dolo criminal, há a exceção de dolo. Forçou A a B para que assinasse reconhecimento de divida, e não mais apareceu. Antes de prescrever a ação de condenação, A aparece, cobrando o titulo. E, que não mais tem a ação de anulação por ter havido coação, excetua de coação, pelo ato criminoso cuja ação não prescreveu.

Capitulo VII

§ 468. Conceito de simulação

1. *Simular e simulação. Simular* vem de *simul,* advérbio, com o sentido de fingir ser, ou de se aparentar o que não se é, ao passo que *semelhar, semelhança, assimilar,* derivam de *similis,* adjetivo. Alguém, que se assemelha a outrem, nada faz para isso: a relação entre os dois é objetiva. Quem simula, ou quem dissimula, faz por aparentar, ou por encobrir Nos arts. 102-105, algo se faz aparecer que não é o querido: o outorgado, ou o próprio ato jurídico ou parte dele, ou a data. Mas é elemento necessário do suporte fático de qualquer dos incisos do art. 102 que haja a intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar regra jurídica (art. 103), ou que se dê tal prejuízo ou violação.

É preciso desde logo atender-se à sistemática da lei: o ato jurídico que se simula entrou no mundo jurídico, com o seu suporte fático; tem-se, no plano da validade, de ir contra ele, se ele ofende a lei ou interesses de terceiros, ou pode ofender, isto, é, se a favor de alguém nasce a pretensão à anulação.

Se não há uma dessas intenções, ou resultado, não se pode pensar em simulação que invalide o ato jurídico. Os figurantes podem alegar em juízo essa simulação, um contra o outro. Se não havia intenção de introduzir no 551

mundo juridico o ato, a simulação é absoluta. O Código Civil não possui regra jurídica especial, porque, se a contivesse, seria regra jurídica pré-excludente, isto é, para se dizer que o ato não é jurídico (= não entra no mundo jurídico). Teixeira de Freitas *(Esbôço,* art. 524) redigiu-a: “Se a simulação for absoluta, sem que tenha havido intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições da lei, e assim se provar a requerimento de algum dos contraentes: julgar-se-á que nenhum ato existira.” Assim, o suporte fático que entra no mundo jurídico é o suporte fático em que há a intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar a lei, ou, a par da simulação, o prejuízo ou a violação. Entra, embora invalidamente. No mundo jurídico, desse ato juridico anulável nasce aos terceiros “lesados” e ao Estado, “a bem da lei”, a ação de anulação (art. 105). Se falta a intenção ou o fato de

prejudicar a terceiros, ou de fraudar a lei, a simulação éinocente: então, "não haverá simulação nos atos jurídicos para o efeito de viciá-los, sem que, em qualquer dos casos dos dois artigos antecedentes, tenha havido má-fé, isto é, intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições da lei" (Teixeira de Freitas, *Esbôço,* art. 523). É o que também se lê no Código Civil argentino, art. 957, e no brasileiro, art. 103, por outras palavras. Mas o prejuízo ou a violação podem ser resultado da simulação, sem ter havido má-fé.

Entre os figurantes, o ato aparente, sem ofensas, não existe. Aparece, porém não entrou no mundo jurídico. Para qualquer deles fazer ressaltar a pura aparência, isto é, para mostrar que não houve ato jurídico, basta alegar que só se trata de ato jurídico aparente (= não-ato jurídico). A decisão, a respeito, é declarativa negativa. Mediante a alegação e a prova da simulação, pode dar-se a reivindicação. O devedor aparente pode opor que não deve. Trata-se, pois, de *objeção.* Quando o simulante inocente inventaria os seus bens, ou faz declaração de bens a autoridades administrativas, tem de mencionar aqueles bens que simuladamente transferiu; e o adquirente aparente há de os omitir (a seu risco se a simulação não for tida por inocente). O

terceiro, que depara com negócio jurídico simulado, que lhe causa prejuizo, pode alegar a simulação; mas aí, a ação é constitutiva negativa: o ato jurídico existe; é apenas anulável. Dá-se o mesmo se, no concurso de credores, algum crédito contra o devedor comum é simulado.

Simulatio, dizia, excelentemente Álvaro Valasco *(Decisionum Consultationum,* II, 368): "est quaedam maquinatio, per quam aliud exterius ostenditur, aliud vero intrinsecus intendunt partes". Pôs ao vivo que, em tal maquinação, algo se ostenta exteriormente, algo de exterior se mostra, enquanto algo de verdadeiramente intrínseco entendem os figurantes. Ostenta-se o que não se quis; e deixa-se, inostensivo, aquilo que se quis. Na simulação absoluta, no ato jurídico aparente, *actus imaginarius,* nada se quis *(consensus est remotus ab actu)*.

Na simulação-vicio, na simulação de que tratam os arts. 102-105, *unum contractum palam fado, et ostendo me facere, et alium in verítate intendo,* ou se a pessoa, que figura, é interposta, para que apareça o que se não quer e não apareça o que se quer.

A simulação é absoluta quando não se quis outro ato jurídico nem aquele que se simula. Relativa, quando se simula ato jurídico para se dissimular, ou simplesmente dissimulando-se outro ato jurídico. *Quae non sunt, simulo, quae sunt, ca dissimulantur.* Mostra-se o não-ser; e esconde-se o ser.

Se a simulação foi absoluta, nada feito. Se foi relativa, isto é, se algo se quis, embora não apareça, e de alcance nocivo (art. 103), o ato jurídico existe e os figurantes não na podem alegar, posto que os terceiros ou os representantes do poder público possam promover a anulação do que existe e aparece.

2. *Definição de negócios jurídicos e simulação.* Muitas vezes têm surgido definições de negócios jurídicos como atos em que se querem *efeitos jurídicos.* Ora, o que se quer é a *categoria,* com os seus efeitos ou na medida em que se possam querer esses efeitos. Quem simula não quer a categoria, quer algum, ou alguns efeitos delas, ou nenhum. E essa aparentação que está à base de qualquer simulação, lícita ou ilícita. O

chamado sentido amplo de simulação mistura figuras distintas: a reserva mental, a simulação unilateral, o negócio, não-sério, ou jocoso, ou didático, a simulação absoluta ou relativa inocente, a simulação invalidante.

O que simula de modo absoluto, por isso mesmo que se coloca, com o seu ato, fora do mundo jurídico, nenhum ato jurídico suscita. *Simulata non valent,* diria Modestino, ao tempo em que "valer" era *existir* no mundo jurídico, e "não valer" não existir: "Os contratos imaginários, ainda nas vendas e compras, não obtêm vinculo jurídico, quando se simula o real do fato, sem interceder verdade." Excelentemente dito: "Contractus imaginarii etiam ínemptionibus iuris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate" (L. 54, D., *de obligationibus et actionibus, 44,* 7). O não-ser não gera efeitos. Antes dele, dizia Gaio (L. 30, D., de *ritu nuptiarum,* 23, 2): "Simulatae nuptiae nuílius momenti sunt"; e Paulo (L. 55, D., *de contrahenda emptione,* 18, 1): "Nuda et imaginaria venditio pro non facta est, et ideo nec alienatio eius rei 551

intellegitur" Na L. 20, C., *de donationibus inter virum et uxorem,* 5, 16, atendeu-se ao elemento de ilicitude que se pode juntar à simulação. A vontade é, ai, necessária à entrada do ato no mundo jurídico; a declaração de vontade não é diferente porque exatamente não se quis e a declaração mesma é inapta àjuridicização. Não são o mesmo a

declaração de vontade de quem vende e a declaração de vontade de quem brinca ou finge vender.

Em toda simulação há a divergência entre a exteriorização e a volição, quer seja quanto ao objeto, ou, melhor, quanto à matéria, *de re ad rem* (B vende manuscritos, dizendo vender pastas), ou quanto à pessoa, *de personam ad personam* (A doa a C, dizendo doar a B), ou quanto à categoria jurídica, de *contractu ad contractum* (A doa dizendo vender), ou quanto às modalidades, *de modo ad rnodum* (contrata sob condição de não casar, dizendo que o faz sob condição de morar em cedo país), ou quanto ao tempo, *de tem pore ad tem pus* (contratou por cinco anos a casa, dizendo ser por três anos), ou quanto à quantidade, *de quantitate ad quantitatem* (A vende seis caixas e o contrato fala de três), ou quanto a fato, *de facto ad factum* (A declara que pagou, e não pagou, ou vice-versa), ou quanto ao lugar, *de loco ad locum* (A assina como se fora concluído no Brasil o contrato que concluíra no Uruguai; cf. Alvaro Valasco, *Decisionum Consultationum,* II, 369).

O ato jurídico é simulado quando, com o consentimento expresso, ou tácito, oral ou escrito, do destinatário da manifestação aparente de vontade, no mesmo ato, ou noutro, se conclui, para que não entre no mundo jurídico e, pois, não tenha eficácia. Tal definição sugeriria a classificação do ato jurídico simulado como ato inexistente (ato jurídico simulado = ato fático nãojuridicizado), ou, pelo menos, nulo (cf. Código Civil alemão, § 117). O direito brasileiro tem-no por existente e apenas anulável, se houve alcance ou prejuízo a terceiros, ou violação de disposição de lei (art. 103). Se não houve aquele, nem essa, não há ato jurídico. E a simulação absoluta, tal como a definiu Teixeira de Freitas: "Haverá simulação nos atos entre-vivos: 1ª.

Quando as partes os tiverem celebrado sem intenção de realizar o ato aparente, ou qualquer outro" *(Esbôço,* art. 522); "Se a simulação for absoluta, sem que tenha havido intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposições da lei, e assim se provar a requerimento de algum dos contraentes, julgar-se-á que nenhum ato existira." A ação dos figurantes é a declaratária negativa. Quando os figurantes aparentam conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmitem (art. 102, 1), sem intenção de prejudicar a terceiro, ou infringir regra jurídica ou sem tal prejuízo, ou violação, — o ato existe e não é anulável, e valerão com o caráter que foi *querido,* se como tais puderem valer (Esbôço, art. 525). A ação é a declaratória positiva. Idem, se houve pós-data ou antedata (art. 104, III), e não se prejudica a terceiro, nem se infringe lei. Poder

prejudicar é como prejudicar.

§ 469. Simulação e figuras parecidas

1. *Fingimento e simulação.* A simulação supõe que se finja: há ato jurídico, que se quis, sob o ato jurídico que aparece; ou nao há *nenhum* ato jurídico, posto que haja a aparência de algum. A cavilação pode estar à base do dolo, da fraude à lei, da simulação e da fraude contra credores. Daí as semelhanças entre as figuras, suscitando confusões. Se os figurantes tomam por verdadeiro fato que o não é, não há pensar-se em simulação (O.

Warneyer, *Komnientar,* 1, 171); porque a simulação é vicio *de vontade,* e não *de conhecimento.*

2. *Negócios jurídicos fiduciários e simulação.* Os negócios jurídicos de fidúcia e outros atos jurídicos fiduciários são queridos. Não são aparentes: são. Em verdade, são *plus:* por eles, transmite-se direito para fim econômico que não exigiria tal transmissão. O fiduciário é proprietário em frente a todos; apenas a sua propriedade não é eficaz quanto ao fiduciante (relatividade da eficácia, não da propriedade). O fiduciante fia-se no fiduciário. Não há negócio ou ato jurídico aparente; há negócio jurídico, que é. Por ele, cria-se relação jurídica de fidúcia, que obriga o judiciário a destinar o bem fiduciário ao fim da fidúcia. As espécies mais notáveis são a transmissão abstrata para segurança (a *abstrakte Sicherungstibereignung)* e a venda e compra fiduciária. Nem aquela nem essa é ato jurídico aparente ou simulado. Por isso é, e não é anulável conforme os ads. 102, 104 e 105.

3. *Cessão-procura.* Não se têm como atos jurídicos simulados anuláveis as cessões para que o cessionário seja, em verdade, procurador; o ato jurídico dissimulado vem à tona, por se tratar de simulação relativa inocente.

Nem é anulável a procuração, se o procurador é, em verdade, cessionário do mandante, e a simulação relativa 551

foi inocente.

4.Testa-de-ferro e homem de palha. Os atos jurídicos ditos por "testa-de-ferro" ou por "homem de palha" não são simulados. O intermediário, que o é no mundo fático (econômico), adquire a propriedade, ou outro direito, mas, nas relações jurídicas com a pessoa que o interpôs, há de considerá-la titular do que adquiriu. Se A entrega à mulher, ou ao amigo, *x* mil reais para comprar aparelhos de que precisa, é a mulher, ou o amigo, que os adquire, posto que haja de entregá-los a A. Antes da entrega, não pode A ir buscar à massa concursal da mulher, ou do amigo, os aparelhos, nem opor embargos de terceiro. Não se trata, portanto, de ato jurídico fiduciário. Tanto que, se há acordo de ser o que interpõe, A, que adquire, e não a mulher ou o amigo, e se manifesta isso ao alienante que consente, há ato jurídico simulado, incluído na classe do art. 103 (simulação inocente), ou no art. 102, 1 (transferência ou transmissão de direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem ou transmitem). Se a aquisição por A podia ser feita, isto é, se concorrem os pressupostos necessá rios ao ato jurídico dissimulado, A adquire, tido o intermediário como procurador. *Aliter,* se falta algum dos pressupostos de existência ou de validade, como se, tratando-se de aquisição de bem imóvel, a transmissão, pelo registro no registro de imóveis, foi àmulher, ou ao amigo. Se, porém, o ato simulado entra no mundo jurídico e é anulável (arts. 102, 104 e 105), o adquirente conforme o negócio jurídico dissimulado é responsável negocialmente (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 171).

5. *Atos jurídicos* in fraudem legis. Os atos jurídicos in *fraudem legis* somente são atos jurídicos simulados, se a fraude consistiu em se simular ato jurídico que não-seria nulo, ocultando-se o que o seria. A simulação é que é em fraude da lei. Não é ato jurídico simulado o naturalizar-se Francês para se divorciar, posto que haja, ai, *fraus legis;* nem o emprestar dinheiro em dólares a quem se acha nos Estados Unidos da América, para receber, no Brasil, em reais. O ato jurídico *in fraudem legis* pode ser simulado se a fraude está na simulação; razão por que G. Planck *(Kommentar,* 1, Q ed., 275) e outros entendem que não se deve falar de atos jurídicos in *fraudem legis* como simulados. Há conveniência em só se empregar a expressão ato jurídico *in fraudem legis* no sentido estrito.

Deve-se a Hártolo de Saxoferrato, no comentário à *Constitu tio Theodosiana,* a distinção precisa: ... illud quod simulate agatur, vere

non agitur... Sed lex nostra loquitur, quando aliquis vere agit, sed huius legis auctoritate pro infecto habetur, et sic secundum fictionem". Em verdade, porém, ainda havia, entre grandes juristas, confusão, *e.g.,* em E von Savigny *(System,* 1, 325), em H. Thãl *(Einleitung,* 160) e J. Unger (System, 1, 5ª ed., 57); sem ser verdade que o primeiro haja considerado a simulação pressuposto essencial *do agere in fraudem legis,* como lhe exprobrou H. Barthelmes *(Das Handeln in fraudem legis,* 20), repetido por H.

Hoffmann *(Der Begriff der Gesetzesumgehung,* 24) e por G. Oftolenghi *(La Frode alia legge,* 41).

A fraude à lei, que se distingue do mais largo *agere contra legem,* é inconfundível com a simulação; porque se pode fraudar a lei sem se simular; *e.g.,* a mulher de país que não tem divórcio divorcia-se em país que tem o divórcio, e casa-se no estrangeiro *(fraus legis,* sem simulação). O ato jurídico em fraude à lei é nulo, como *o* ato jurídico simplesmente *contra legem.* O ato jurídico simulado é anulável. Se houve fraude à lei, responde o exame dos atos que se praticaram para fraudar (coisa diversa de ser simples questão de interpretação da lei se houve, ou não, *fraus legis,* como pareceu a O. Goldstaub, *Simulierte und fiduciarische Rechtsgeschàfte,* 59).

6. *Simulação unilateral.* Quanto à simulação unilateral, F. von Savigny *(System,* III, § 134, 259) identificava-a com a reserva mental. Idem, 8. Windscheid *(WiIIe iind Willenserklàrung,* 98). Já as distinguia A. Schweppe *(Das Rãmische Privatrecht,* III, 112), e J. Kohler (Studien Uber Mentalreservation und Simulation, *Jahrbúcher fOr die Dogmatik,* 16, 98) acentuou-o. Na reserva mental, a outra pessoa não entendeu tudo o que foi querido (algo foi reservado *in mente);* na simulação unilateral, o que se manifestou lá está, e pode obrigar (L. Scheiff, *Die Divergenz zwischen Wille und Erklàrung,* 27). Mais: pode, simulando, causar prejuízo a alguém ou violar lei.

§ 470. Simulação absoluta inocente

1.

Inocência e nocência da simulação. O ato jurídico puramente aparente, ou em que houve simulação absoluta e inocente, *nâo é.* Seria equivoco dizê-lo nulo e dar-lhe o mesmo trato que ao ato jurídico em que há simulação nocente. Aquele, pois que não e, não tem qualquer eficácia (seria haver efeito sem causa): todos os figurantes não quiseram que o ato entrasse no mundo jurídico; e a lei não precisou proteger a ninguém contra essa pura aparência. No direito brasileiro, se há o fato de ofensa à lei, ou o fato de prejudicar a outrem, já o ato entra no mundo jurídico. Mesmo porque a intenção impoda em querer alguma eficácia do ato jurídico aparente. Quem quis simular, para deixar de pagar custas, ou impostos, quis, até cedo ponto, o ato jurídico simulado.

No dizerem que a simulação supõe a cogníção pelo outro figurante, de modo que somente pode existir em manifestações de vontade receptícias, sendo, assim, excluídos o testamento, o ato de constituição de fundação e a promessa de recompensa, postula-se sem apoio em lei: *a)* que só se simula a dois, de modo que pode A simular pagar a C, a quem doa, ou simular prometer recompensa, sendo C a única pessoa que pode apresentar o objeto tido por perdido (A sabe que está com C); *b)* que as duas pessoas, que às vezes aparecem na simulação, hão de ser figurantes. De começo, note-se quão superficíalmente se viu o problema. A simulação é vício do ato jurídico que se apresentou e entrou no mundo jurídico; o que foi dissimulado é que há de ter duas pessoas, entre as quais se deram os efeitos, porém ainda aí não épreciso que sejam os figurantes (se A deve a C, por jogo proibido o que seria relação jurídica com objeto ilícito, e A simula doar ãmulher de C, a doação é anulável por simulação, se bem que a mulher de C em nada haja acordado quanto a pagamento). Não se pode afirmar, *a priori,* que não caiba simulação se não-receptícia a manifestação de vontade (certo, A. Manigk, *Willenserklàrung und Willensgeschdft,* 308). A exigência de haver consentido o destinatário é sem assento em lei.

Se a manifestação de vontade é perante autoridade, nem por isso se faz incólume à alegação de simulação relativa, sem se dever distinguir, aqui, entre padicipação da autoridade como pressuposto de forma e direção à autoridade. As próprias manifestações de vontade das autoridades, que tenham de entrar no mundo jurídico como negócios

jurídicos ou atos jurídicos *stricto sensu,* podem ser, tendo havido simulação, anuladas. São exemplos de atos jurídicos anuláveis por simulação: o acordo de transferência de propriedade feito perante o tabelião, ou o juiz, ou a repartição pública; a renúncia à propriedade do imóvel (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 562). O art. 104, que fala de "contraentes", não pode ser invocado para se pré-excluir a anulabilidade dos atos jurídicos em que as manifestações não são receptícias, porque há contratos em que se não exige a recepticídade da aceitação, e não só contratos são anuláveis por simulação. A simulação absoluta, essa, sim, não pode ocorrer perante autoridade pública, que tome parte no ato, ou que tenha de celebrá-lo *(e.g.,* casamento), se tal autoridade pública é competente. Por isso mesmo, a simulação dos figurantes não pode atingir a validade da sentença; pode surgir a alegabilidade para não na cumprir.

Quanto à simulação anulante, não se dá em matéria de casamento (o art. 209, como o art. 183, IX-XII, não se referiu àsimulação, nem os arts. 218-220). Resta o problema da anulabilidade, por simulação, da adoção (ads. 368-378). A resposta éafirmativa. Por exemplo, é anulável a adoção que somente tenha por fito atribuir a alguém o direito ao nome (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 225, nota 10).

2. *Função integrativa do juiz.* Não se pode alegar que foi simulado o ato jurídico em que a função do juiz é integrativa do conteúdo, como se dá na celebração do casamento e nas transações judiciais. Nem se pode arguir a simulação da sentença do juiz.

Do ato aparente, *que não* é, nenhuma pretensão surge, nem ação; a ação de anulação por simulação ou por fraude contra credores (arts. 106-113) supõe que exista o crédito, de modo que, se foi proposta, é de pedido *maior* do que o da ação declarativa, e o juiz, nessa espécie, pode declarar a inexistência do crédito, se bem que pedida somente tenha sido a anulação.

A simulação inocente é permitida, em virtude, não do princípio de autonomia, e sim do princípio de liberdade de fazer ou de não fazer, de dar ou não dar, só limitável pela lei (cf. Constituição de 1988, art. 5ª, II).

Lá está em Silvestre Comes de Morais *(Tractatus de Executionibus,* II,

400): "... fictio et simulatio sine praeiudicio, vel fraude alicuius tertii, vel legis fiat, quo casu licitum est simulare...".

551

3. *Inexistência do ato jurídico simulado, figurantes e terceiros legitimados á ação declaratória.* O terceiro que alega a pura aparência do ato jurídico, tem de provar o interesse em ser declarada a inexistência (G. Planck, *Kornmentar,* 1, 4ª ed., 272).

Os terceiros podem lançar mão de qualquer meio de prova para provar a simulação. Nem sempre lhe seria frutífera a ação de exibição, ou a exibição pedida na ação declaratória negativa. Não se diga, como faz Héctor Cámara *(Simulación en los Actos jurídicos,* 235), que, em caso de simulação *ad pompam,* o terceiro carece de ação: seria reduzir o interesse para a ação declaratória negativa ao interesse de lesado, que se exige às ações de condenação.

Questão delicada é a de se. saber se, contra o ato aparente, com simulação absoluta, instrumentado em tabelião, pode ser aformal a contravontade *(Gegenwille)* dos figurantes. Responderam afirmativamente H.

Dernburg *(Das Borgerliche Recht,* 1, 3ª ed., 478) e O. Warneyer *(Kommentar,* 1, 170); negativamente, J.

Kohler *(Lehrbuch,* 1, 490). No direito brasileiro, a inexistência, por simulação inocente absoluta do ato jurídico, pode ser provada pelos figurantes, ainda quandô a escritura pública *(e.g.,* ads. 133 e 134) é de se exigir ao ato simulado. Pode-se também alegar, como ato jurídico dissimulado, contra o ato jurídico aformal, o ato jurídico que exigiria escritura pública: provar-se-ia a simulação, não o ato dissimulado. Por inspiração própria, disse o Código Civil argentino, art. 960: "Si hubiere sobre la símulación un contra-documento firmado por alguna de las partes, para dejar sin efecto eI acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, ó cuando fuere lícito, explicando á restringiendo eI acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él v sobre la simulacíón, si el contra-documento no contuviese algo contra la prohibición de las leves, ó contra los derechos de un tercero." No art. 1.194, adverte-se: "El instrumento privado que alterase lo que se

hubiere convenido en un instrumento público, no producirá efecto contra tercero"; porém a regra jurídica do art. 960 é regra. jurídica especial, a que o art. 1.194 não atir . Mais: o art. 960 do Código Civil argentino de modo nenhum *exige* como tantos pensaram, o contradocumento para se proyar a simulação (Acdeel E. Salas, Prueba de La Simulación entre las partes, *Revista de Jurisprudencia Argentina,* 67, 329). Cumpre notar-se que o art.

960 veio permitir discussão sobre a alegabilidade, ou não, da simulação ilícita pelos figurantes, o que não se dá no direito brasileiro, pois o art. 104 (argentino, art. 959) rege, sem dúvida, a espécie, sem que se possa ver na regra jurídica sobre contradocumento exceção a ela. A regra jurídica, se a revelamos no direito brasileiro, não pode ser mais do que a seguinte: "Se há contradocumento, ainda que f irmado por um só dos figurantes para provar a só aparência lícita, ou a aparência lícita mais o ato dissimulado, entende-se preestabelecida a prova.

4. *Ato aparente na simulação absoluta.* Discute-se se, em caso de simulação absoluta, há *exceptio dou genera lis* se alguém sofre dano com o ato aparente, e só um ou alguns dos figurantes foram causadores do dano. A resposta de P. Oertmann *(Aligemeiner Teil,* 350), G. Planck *(Kommentar,* 1, 4ª ed., 272) e Th, Kipp (em B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed., 382 s.) é negativa; a de H. Dernburg *(Das Búrgerliche Recht,* 1, 3ª ed., 480), afirmativa. A primeira opinião é que é a ceda; qualquer indenização se funda no art. 159; e a defesa do terceiro, como a do figurante, éalegação de não-existência, como pedido inicial ou incidental de declaração negativa, cujo deferimento tem tal eficácia (aliás, a esse resultado chegaria, ai, a *exceptio dou generalis,* cf.

Ulpiano, L. 2, § 5, D., *de dou mali et metus exceptione,* 44, 4). Exceção de dolo, sem dolo, seria contra-senso.

§ 471. Simulação relativa inocente

1. *Simulação relativa e inocência.* Na simulação relativa inocente, não

se quis, realmente, o ato simulado, mas quis-se, sem ofensa, o ato dissimulado. O ato simulado não entra no mundo jurídico; *pode* ter entrado o ato dissimulado. Se a simulação relativa é nocente, o ato entra no mundo jurídico, onde os terceiros podem pedir-lhe a decretação da anulação. Se não no é, não entra: a ação é a declarativa negativa. Têm-na, em virtude do art. 103, os figurantes e os mais interessados na declaração. Mas, se o ato dissimulado satisfaz os requisitos de 551

existência e validade, pode extraverter-se. Assim, ou os figurantes tratam o ato dissimulado como eficaz, ou um, dois ou mais dos figurantes lhe negam a existência, que, ai, é ligada à sua validade: se vale, existe; se não vale, não existe. A ação é declarativa, negativa, quanto ao ato jurídico simulado, e positiva, quanto ao ato jurídico dissimulado. Esse ponto é digno de toda a atenção.

São exemplos de simulação relativa inocente: se pessoa solteira, ou separada judicialmente, ou viúva, sem infração do art. 1.175 ou do art. 1.176 (se houvesse, haveria fraude à lei), simula vender a alguém, quando em verdade doa (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de janeiro de 1945, *RT* 155/181; 5ª

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de fevereiro de 1950, 185/295); a dissimulação da prestação de capital por meio de venda do bem à sociedade, sem prejuízo a alguém ou violação de lei (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de julho de 1944, 152/516).

2. *Legitimação de terceiros.* Os terceiros, que tenham interesse na declaração, podem propor a ação declaratória negativa e a positiva, ou somente aquela.

3. *Falta de pressuposto.* Se o ato dissimulado não tem os pressupostos necessários à sua existência e validade, a relatividade da simulação caí no vácuo: está-se diante de simulação, nos resultados, absoluta.

§ 472. Simulação invalidante

1. *Conceito.* A simulação invalidante é simulação *mais* elemento ilícito, que dá ensejo à sanção de não-validade. Para se pensar em simulação invalídante, é preciso que *a)* haja simulação, *b)* a despeito dela, o ato entre no mundo jurídico e *c)* haja ilicitude, de que resulte a invalidade. Daí, quando se encontra definição de simulação, ter-se de saber o que é que se está definindo: *a)* a simulação que fica fora do mundo jurídico, *b)* a simulação que não obsta àentrada no mundo jurídico, nem à validade, e) a simulação que não obsta à entrada no mundo jurídico, porém é causa de invalidade.

Ao definir-se simulação, pode-se definir o que contém *a* e *b* e *c,* ou só *a* e *b,* ou só *c.* As adjetivações

"simulação absoluta inocente", que é *a,* "simulação relativa inocente", que cabe em e "simulação absoluta ou relativa, inocente", que é *a* e *b,* e "simulação nocente", ou "invalidante", ou "viciante", que é *c,* evitam que se perca tempo em se criticarem definições.

2. *Simulação.* Os atos jurídicos anuláveis, de que tratam os ads. 102, 104 e 105, por simulação para violar lei (art. 103, *verbis* "intenção.., de violar disposição de lei"; art. 104, *verbis* "intuito de.., infringir preceito de lei"), não se hão de confundir com os atos jurídicos *in fraudem legis,* em sentido estrito. Nesses, em vez de simulação, há ato jurídico realmente querido para se violar a lei, escapando a ela. Quando, se o sistema jurídico contém regra jurídica de proibição de doação entre casados, o marido simula venda à mulher (L. 5, §

5, e L. 7, § 6, D., *de donationibus inter virum et uxorem,* 24, 1), há *fraus legis,* e não violação da lei mediante a simulação (sem razão, LI. Vetsch, *Die Umgehung des Gesetzes,* 13).

3. *Ação de anulação por simulação.* A invocação da simulação invalidante é em ação de anulação. O ônus da prova incumbe a quem a invoca. Seria de recomendar-se, *de iure condendo,* que os juizes pudessem decretar a não-validade do negócio jurídico eivado de simulação, se há ofensa à lei (art. 103, *in fine).* Todavia, no direito brasileiro, a sanção pela simulação é a de anulabilidade, e não a de nulidade; podanto não é de incidir o art.

146, parágrafo único, tanto mais quanto, no art. 105, se diz: "Poderão demandar a nulidade dos atos simulados os terceiros lesados pela

simulação, ou os representantes do poder público, a bem da lei, ou da Fazenda." Não se falou de aplicação de oficio *(aliter,* no direito alemão, A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* II, 558). Se houve simulação na transferência de direitos, tem-se de intentar, antes de reivindicação, ou outra ação do terceiro lesado, a ação de anulação e de obter a desconstituição do ato jurídico. Os pedidos são cumuláveis, como o de anulação e o de decretação da nulidade por fraude à lei, que se decide antes.

551

§ 473. Espécies de simulação invalidante

1. Aparência quanto a beneficiados. A primeira espécie de simulação invalidante, de que cogita o art. 102, é a simulação de pessoa: "Haverá simulação nos atos jurídicos: 1 — quando aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmitem." A categoria jurídica, que aparece, é a mesma que se quis (venda e compra, doação, locação); o que não coincide é o aparente outorgado com aquele a que se quis outorgar. A alegação de não-ser o mesmo o outorgante (A outorgou, dizendo-se B) não-seria simulação invalidante; mas aparência pura. Por isso, o Código Civil não tratou de tal simulação: seria tratar do que *não é.*

Para que haja simulação, com interposição de pessoa, não basta que se haja interposto pessoa, porque, aí, se há de interpor para dissimular a alguém, e não simplesmente interpor. Se há função da pessoa interposta, como se ela adquire para transmitir a alguém que não poderia figurar no negócio jurídico, simulação não há,

— há fraude à lei, quiçá fraude contra credores, ou infração indireta de alguma obrigação contratual. Em nenhum desses casos há simulação por interposta pessoa, ou interposição sirnulatíva. Se o ascendente vendeu ao descendente, usando, para evitar a incidência do art. 1.132, de interposta pessoa, e o adquirente transferiu ao descendente, o negócio jurídico, *in fraudem legis,* é nulo. Se tal prova foi feita, o juiz tem de pronunciar, de ofício, ainda em incidente de ação de simulação, a nulidade (art. 146, parágrafo único); porquanto a

simulação faz anulável o negócio jurídico, ao passo que a fraude à lei o faz nulo. Exigir-se à fraude à lei prova de interposição de pessoa, como se para se fraudarem os arts. 1.133 e 1.134, é confundir a *fraus legis* com a interposição simulatória (cf. a 5ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 29 de fevereiro de 1940, *RT*

128/526). Quando o art. 103 fala de "intenção de violar disposição de lei" não considera a fraude à lei espécie de simulação, — apenas aludiu àqueles casos em que se simula *para se evitar* a sanção legal. Por se ter a afastado dos exatos conceitos, a 1ª Câmara (25 de novembro de 1940, *RT* 139/145) teve de admitir que se violara lei, o art. 258, parágrafo único, mas pessoas a favor de quem se editaram as regras jurídicas nele contidas poderiam (contra o art. 104) pedir a anulação. Se houve casamento com a espécie do art. 258, parágrafo único, e foi declarada outra idade, ou outra situação, para que não fosse obrigatório o regime de separação, não há — de modo nenhum — simulação: há *fraus legis:* a parte separável do negócio juridico matrimonial (art. 153, P parte) é *nula,* e não anulável.

2. *Declaração, confissão, condição ou cláusula não-verdadeira.* A segunda espécie é a do art. 102, II; procede do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 521, 2ª, *ipsis literis.* No Código Civil argentino, art. 955, fala-se de

"cuando se encubre ei caráter jurídico de un acto bajo la aparencia de otro, ó cuando ei acto contiene cláusulas que no son sinceras". Os figurantes manifestam vontade, acordemente: é essencial, aí, o consentimento do destinatário para que a vontade manifestada não entre no mundo jurídico como *teria de entrar.* Por exemplo: simula-se venda e compra, e em verdade doa-se; transmite-se a propriedade da jóia, mas dão-se instruções para que se voltem as pedras preciosas; doa-se, mas oculta-se venda e compra, para se fugir a contrato de opção em caso de venda; simula-se aluguel quando em verdade se concluiu comodato.

No art. 102, II, dão-se por anuláveis os atos jurídicos "quando contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não-verdadeira". A referência à confissão, à condição e à cláusula éexplicitação; declaração, ou, melhor, manifestação da vontade bastaria. "Verdadeira" ai está por não coincidente com a vontade dos figurantes, o que leva a confusões aos menos atentos à leitura do art. 102, II. E a anulabilidade por ocultação maliciosa da espécie do ato jurídico, ou elemento dele (condição, cláusula). Os figurantes

convencionaram com malícia o que realmente não queriam convencionar" (Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis,* art. 358). Nas Ordenações Filipinas, Livro 111, Titulo 59, § 25, previa-se a espécie ("fizessem outro contrato, por mudarem a substância da verdade, que tinham em vontade fazer"). Com a referência a"

"confissao , a condição" e a" "cláusula", o art. 102, li, excluiu que se pensasse em anulação parcial; todo o ato jurídico é anulável, de modo que se anula a própria parte realmente querida (G. Planck, *Nomrnentar,* 1, 4ª ed., 273). Essa solução foi a que concebeu Teixeira de Freitas, no art. 521, 2ª, do *Esbôço* (Código Civil brasileiro, art. 102,11; argentino, art. 955) e a jurisprudência alemã adotou. No direito argentino, a despeito do art. 955

(verbis "ó cuando ei acto contiene cláusulas que non son sinceras"), Héctor Câmara *(Sim ulación de* los *actos jurídicos,* 282) entendeu que, "en eI supuesto de simulación parcial se aplicarán las mismas normas, es decir que ei defecto legal no afectará todo eI acto, sino única y exclusivamente a la parte no veraz". Mas é inadmissível a invocação do art. 153 (Código Civil argentino, art. 1.039; alemão, § 139); tanto mais quanto, inspirador do Código Civil argentino, art. 955, e do brasileiro, art. 102, II, Teixeira de Freitas frisou que 551

bastaria a simulação em parte para invalidar o todo, e fé-lo para evitar que se invocasse o art. 803 do *Esbôço* (Código Civil, art. 153). O que não pode enunciar éque, sempre, o negócio jurídico de adimplemento seja anulável se o é o negócio jurídico de que nasceria a obrigação; apenas se há de presumir que o seja (H.

Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 3ª ed., 478; O. Warneyer, *Kornmentar,* 1, 172; contra a presunção, G.

Planck, *Kommentar,* 1, 273).

A redução do preço para burlar o fisco é simulação, porque não se quis o que se aparenta e se quis o que se oculta. A 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1944 *(RT* 162/639), entendeu que tal simulação, lesiva à Fazenda Pública, não causa anulabilidade, invocando E Ferrara e outros juristas italianos, para os quais é tão corrente tal simulação que não se há de considerar anulativa, — raciocínio, convenhamos, de extrema audácia. Mais condescendente, ainda, a mesma 3ª Câmara a 6 de setembro de 1944

(159/149), ao permitir que, a despeito do art. 104, o que simulou preço baixo possa argúi-lo contra o outro figurante (contra, com

razão, a 1ªCâmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 26 de agosto de 1947, 170/226; a respeito de recibo para registro de caminhão em nome de outrem, a 1ªCâmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de abril de 1944, 152/614). No direito brasileiro, como em todos os sistemas jurídicos em que os juristas não procuraram escapatória para as símulações para defraudação fiscal, a venda ou outro negócio jurídico a preço mais baixo do que o real, é simulação nociva como qualquer outra. O figurante não pode alegá-la; o representante do poder público pode argúi-la. A Fazenda Pública pode pedir a anulação, ou a diferença entre os impostos e taxas pagos e os que deveriam ter sido pagos mais as multas. A 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 1ª de março de 1945 *(RF* 104/516), entendeu que a Fazenda Pública pode promover, no próprio executivo fiscal, a anulação do ato jurídico simulado. A Lei nº 6.830, de 22

de setembro de 1980, art. 2ª, definiu a dívida ativa da Fazenda Pública: "aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964" (art. 2ª, *pr.),* que, regularmente inscrita pelo órgão competente (art. 2ª, § 3ª), "goza da presunção de certeza e liquidez" (art. 3ª, *pr.).* Somente essa, a dívida certa e líquida, tributária e não-tributária, abrangendo "atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato" (art. 2% § 2ª) tem o executivo fiscal. Ora, se houve simulação do preço sobre o qual se contaria o imposto ou outro tributo, dificilmente se poderia ter "dívida regularmente inscrita".

Tal cedeza e liquidez seria pelo menos excepcional; *e.g.,* os figurantes deram-se ressalva escrita sobre o preço dissimulado, houve prévia avaliação judicial, havendo preferentes pelo preço real, que não foram atendidos.

Fora daí, só se há certeza e liquidez na divida ativa fiscal depois de se haver julgado a simulação quanto ao preço, ou a base sobre que se teria de contar o tributo. No executivo fiscal, não se poderia pedir tal julgamento prévio, — precisa-se de certidão de divida ativa fiscal líquida (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, arts.

2º § 6º e 6º, § 2º)

Tem-se afirmado que o locatário de prédios, que tem direito à renovação, ou à prorrogação, não é pessoa legitimada a propor a ação do art. 105 (3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de fevereiro de 1950, RT185/287). Sem razão. O direito à renovação e o direito à prorrogação são tantos direitos quanto quaisquer outros

(certo, o 2ª Grupo de Câmaras Civis, 28 de abril de 1949, 180/584, e a 4ª Câmara, 20 de setembro de 1949, 177/250: "Um senhorio que demanda a retomada do prédio locado para uso próprio e vê desfeita a sua pretensão, aliena, logo a seguir, o imóvel. O inquilino impugna o ato, atribuindo-lhe a eiva de simulado, pois nele se encerra o objetivo de se tornar impossível a retomada desejada pelo proprietário o culto, através do proprietário ostensivo. Não se lhe pode negar interesse nessa impugnação ante a ameaça em que se encontra de perder a proteção da lei, ou seja de sofrer nova ação de despejo que o proprietário aparente pode lhe propor e ameaça mesmo propor, conforme notificação que dele recebe"). Outra questão é a de se saber se a anulação pode ser matéria de defesa, na ação de despejo, que é executiva. Aí, a ação tem curso ordinário (Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, art. 59) e pode o réu alegar a simulação contra o novo proprietário e o proprietário anterior, na contestação (sem razão, sob o Código de 1939, art. 350, parágrafo único, a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de setembro de 1948, *RT* 177/739).

3. *Antedata e pós-data.* A terceira espécie de simulação invalidante é a antedata, ou pós-data, dos instrumentos particulares (art. 102): "Haverá simulação nos atos jurídicos: III — quando os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados." Simulação relativa, porque é a data, e não a figura jurídica que se simula, de modo que já se supõe ter-se adquirido a juridicização do ato aparente (cf. Teixeira de Freitas, *Esbôço,* art. 522, 39). A antedata, ou pós-data, nas escrituras públicas e outros atos públicos, não é simulação; é falsidade; porque o oficial público, que tem fé pública, é que data o ato, e não o manifestante da vontade.

O art. 102, III, diz que, quando os instrumentos *particulares* forem antedatados, ou pós-datados, pode haver anulabilidade por simulação. Daí se pretendeu tirar que a antedata e a pós-data não invalidam os

instrumentos públicos *(e.q.,* 2ª Câmara da Code de Apelação de São Paulo, 11 de dezembro de 1936, *RT*

114/279). Não há anulabilidade desses por simulação, mas há a ação ordinária para a prova da falsidade, ou o incidente de falsidade (Código de Processo Civil, ads. 390-395), se a antedata ou a pós-data frauda a lei, ou frauda credores, ou ofende direitos de terceiros

(Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de março de 1938, *RT*

114/ 276), ou tem qualquer *efeito* que a data verdadeira não teria,

§ 474. Elementos da simulação invalidante

1. *As duas espécies de simulação e seus elementos.* Já vimos qual a diferença entre a simulação pré-excludente (= impede que o ato entre no mundo jurídico) e a simulação invalidante, ou viciante. Os atos simulados, de que tratam os ads. 102, 104 e 105, são atos jurídicos anuláveis. A simulação, de que cogitam os arts. 102, 104

e 105, é a simulação invalidante. Os atos, que a tiveram, são, se entraram no mundo jurídico, anuláveis. São elementos deles: *a)* a simulação do outorgado (art. 102, 1), ou da categoria jurídica (art. 102, II), ou da data; *b)* o propósito de simular; c) o prejudicar ou poder prejudicar a terceiros, ou violar a lei (art. 104). O ato, enquanto não surge o dano a outrem, já é anulável, e pode já ser renunciado o direito à propositura da ação.

Resta saber-se quando a ação surge: se ao tempo do dano, ou ao tempo da ameaça. No art. 105, diz-se que podem demandar a anulação os "terceiros lesados". Simplifica-se o problema quando o terceiro é lesado em direito formativo, ou em direito formado; se é de prever-se o dano, que ainda não se consumou, o ato jurídico está lá e tem-se o dano previsível como dano realizado.

Se assim não fora, a prescrição, absurdamente, se operaria antes do nascimento da ação, uma vez que o art. 178, § 9, V, *b,* mandou contar-se o prazo do dia em que se realiza o ato ou o contrato. Temos, pois, que a ação é de anulação por dano previsível, e não só pelo dano feito.

2. *Acordo e intenção de simular, com entrada no mundo jurídico.* Sobre o acordo como elemento essencial da simulação, há: *a)* doutrina que o tem como tal; b) doutrina, que, a despeito de textos legais alusivos a entendimento entre figurantes, se satisfaz com a recepticiedade e o conhecittento da manifestação de vontade pelo destinatário *(e.q.,* L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30ª-34ª ed., 418, nota 4; J. Pugliese, *La Simulazione nei Negozi giuridici,* 19); e c) doutrina que admite simulação nos atos jurídicos em geral (Teixeira de Freitas, *Esbôço,* art.

521), desde que se trate de manifestações de vontade suscetíveis de simulação. O Código Civil brasileiro seguiu a essa doutrina. O que simula promessa de recompensa para doar está exposto a que o interessado no objeto da recompensa, que satisfaça o que se exigiu, promova a anulação; *e.g.,* trata-se de executor testamentário que tinha de fazer promessa ao público em que a recompensa seria quadro célebre, e em verdade doou a alguém que instruiu para se utilizar da simulação, ou apenas, sem acordo, fez ser o único beneficiável. O Código Civil alemão, § 117, tem doutrina *b,* razão por que, em tal sistema jurídico, se excluiu da simulabilidade o testamento (cf. Enneccerus-Lehmann, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* II, 775; G. Goldstaub, *Simulierte und fiduciarische Rechtsgeschãfte,* 15). Em todo caso, pode-se pensar, pelo menos, em testamento com simulação absoluta inocente (cf. F. Endemann, *Einfúhrung ir das Studium des BGB.,* III, 202). Não só negócios jurídicos bilaterais,— interpelações, denúncias, declarações de resolução (G. Goldstaub, 15) e outros atos jurídicos unilaterais podem ser simulados.

A simulação de pessoa beneficiada pode dar-se em testamento; e.g., se a deixa é a mulher de A, a quem o testador não pode fazer herdeiro, ou legatário, como ocorre na espécie do art. 1,720 (cf. Código Civil argentino, art. 3.741).

A outorga de poder é negócio jurídico unilateral e pode ser simulada (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 30∼-

34ª ed., 464).

A comunicação da outorga é ato jurídico *stricto sensu,* menos, portanto, que negócio jurídico unilateral, e é anulável por simulação. As revogações são, de regra, negócios jurídicos unilaterais, e podem ser anuladas por simulação. A promessa pública é negócio jurídico unilateral, e pode ser anulada por simulação, A denúncia e a derrelicção podem ser anuladas por simulação

Tem-se dito que a antedata ou a pós-data é falsidade, e não simulação. O art. 102, III, corta, cerce, a questão.

O art. 103 fala em “intenção” de prejudicar a terceiro, ou de violar disposição de lei; e o art. 104 de 551

“intuito”. Com isso, apenas se previu prejuízo a terceiro, ou violação

de lei: não se fez pressuposto necessário elemento subjetivo ligado ao efeito. Se se quis a eficácia jurídica do ato jurídico simulado, pois que se quis o ato jurídico, e o efeito, que prejudica ao terceiro, ou viola disposição de lei, cabe nesse rol de efeitos, ou se se quis, como efeito não típico do ato jurídico, tal efeito prejudicante, ou violador, está satisfeito o que se exige à anulabilidade. As regras juridicas dos arts. 103 e 104 são elípticas e provêm de má redação do *Esbôço,* que não foi elíptico quanto à simulação absoluta, mas o foi quanto à simulação relativa. A verdadeira interpretação do art. 103 é a que o lê sem a elipse: "A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casqs do adigo antecedente, quando não houver intenção de tornar jurídico o ato aparente nem prejudique ou possa prejudicar a terceiro ou violar disposição de lei." Bem assim, quanto ao art. 104: "Tendo havido intuito de tornar jurídico o ato aparente e prejudicando ou podendo prejudicar a terceiro ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo, quanto à simulação do ato, em litígio de um contra outro, ou contra terceiros."

3. *Negócios jurídicos e atos jurídicos* stricto sensu. Nem todos os atos jurídicos são suscetíveis de simulação invalidante. Há juristas, já o vimos, que entendem ser a simulação vício peculiar aos negócios juridicos bilaterais; outros admitem-na nas manifestações de vontade receptícias, isto é, que têm destinatário determinado (oferta, aceitação, denúncia). Ficariam de fora a promessa ao público (e.g., promessa de recompensa), o testamento, a renúncia, a derrelicção). Quanto à primeira, pode haver o acordo de simular, inclusive com simulação relativa (nosso *Da Promessa de* Recom *pensa,* 323 **5.;** R. von Mayr, *Die Auslohung,* 33 s.) Quanto ao segundo, o art. 102, III, do Código Civil brasileiro leva a considerar-se simulado o testamento antedatado, ou pós-datado. Se A faz testamento como exemplo de aula, simulou absoluta e inocentemente; se envia cópia de tal testamento, com a deserdação do filho, para prejudicar a esse em nomeação, ou à casa comercial em que é empregado o filho, o testamento é nenhum, e só tem o filho a ação de reparação do dano por ato ilícito (divulgação de acusação falsa ou injuriosa). Se se simula testamento, quando, em verdade, se reconhece divida a E, a fim de se prejudicarem os herdeiros legítimos, não há simulação no testamento; há simulação de divida em *testamento.*

Não só negócios jurídicos são simuláveis: *e.g.,* a transmissão da posse *longa rnanu* é ato jurídico *stricto sensu* e simulável (Manuel Alvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* 1, 458; Desembargo do Paço, 13 de abril

de 1680).

4. *Prejuízo a terceiro* ou violação *da lei,* Ainda que haja simulação, anulabilidade somente há se houve ou pode haver prejuízo a terceiro, ou violação de lei.

Assim, o ato simulado é, de regra, fático, e não jurídico; se há, ou se pode sobrevir prejuízo a terceiro, ou violação à lei, o sistema jurídico fá-lo entrar no mundo jurídico. Por isso, enunciou, em regra jurídica (em parte) pré-excludente, o art. 103: "A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei." Já frisamos o que há de elíptico em tal regra jurídica; e tem-se de prestar atenção a isso. O art. 103 não estabelece que, em tal caso, o ato entra no mundo jurídico; apenas enunciou que não há cogitar-se de anulabilidade, porque tudo ou se confinou no mundo fático ou entrou no mundo jurídico sem vicio. No primeiro caso, "nenhum ato existira", como dizia Teixeira de Freitas *(Esbôço,* art. 524), a cujo art. 523 se deve o pensamento do Código Civil argentino (art. 957: „La simulación no es reprobada por la ley cuando á nadie perjudica ni tiene un fin ilícito") e do Código Civil brasileiro (art. 103). Por onde se vê que o prejudicar a terceiro ou o violar a lei é elemento necessário à simulação invalidante. Os atos *iocandi causa,* por exemplo, não entram na classe dos atos *jurídicos* de que cogitam os arts. 102, 104 e 105; e sim na classe daqueles a que alude o art. 103. Porém os atos não-sérios não exaurem a classe dos atos do ad, 103; e isso é da máxima impodância. O art. 103 não diz que todos os atos em que há simulação inocente não entram no mundo jurídico. *a)* Se a simulação inocente é simulação absoluta, isto é, se os figurantes não tiveram qualquer intenção de realizar o ato aparente, nem qualquer outro, o ato não entra no mundo jurídico. *b)* Se a simulação inocente é relativa, isto é, os figurantes disfarçaram, com a intenção de concluir ato diferente, — então os atos são jurídicos e valem com o caráter verdadeiro, que tiveram. Por exemplo: A, que podia doar a B, conclui, por motivo particular, contrato de venda e compra, se bem que em verdade doe. Temos, ai, contrato aparente de venda e compra, que vale e tem efeitos de doação (cf. *Esbóço,* art. 525). Vemos, pois, que o art. 103 compreende a simulação inocente absoluta e a simulação inocente relativa. O legislador argentino e o brasileiro satisfizeram-se com os ads. 957-958 e 103, respectivamente; porém a teoria que um e outro adotaram foi a de Teixeira de Freitas. Apenas 551

abstiveramse ambos de redigir a regra pré-excludente, no plano da existência *(Esbôço,* art. 524), e o Código Civil brasileiro a regra jurídica mesma de pré-exclusão, no plano da validade *(Esbôço,* art. 525). No Código Civil argentino, o art. 958 estatuiu, tirado a Teixeira de Freitas *(Esbôço,* art. 958): "Cuando en la simulación relativa se descubriese un acto serio, oculto bajo falsas apariencías, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una 1ev, ni perjuicio á tercero." Não no temos na lei escrita, mas resulta do pensamento do Código Civil brasileiro.

5. *Violação da lei.* O ato jurídico, em que se simula para violar a lei, isto é, para evitar a conseqüência da incidência da lei, éanulável. Para isso, é preciso que a lei não tenha proibido somente a espécie ou a forma de ato jurídico, — tenha proibido o resultado *prático* que a pessoa se propõe. Todavia, conforme longamente discorremos, a simulação não se confunde com a fraude à lei.

§ 475. Os figurantes na simulação

1. *Conteúdo do art. 104 do Código Civil.* "Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar ou requerer", diz o art. 104, "os contraentes em juízo, quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros". *Ex hypothesi,* a simulação, de que se trata, écom intuito de juridicizar o ato aparente: o ato jurídico existe, e é anulável. Nasce a ação dos terceiros prejudicados, ou suscetíveis de prejuízos, ou do Estado. Entre si, os figurantes podem lançar mão do *contrarius consensus,* se bem que não possam tratar o ato como não existente. Nem eles nem os terceiros têm ação declaratória negativa. Os terceiros têm-na constitutiva negativa. Os figurantes, não. Estão presos ao simulacro. O acordo em contrário pode distratar; se não no há, o figurante não pode contra o outro, ou os outros, alegar a simulação maliciosa (= com intuito de ser jurídico o ato aparente), nem, *a fortiori,* contra terceiro. O art. 104 refere-se a litígio, mas havemos de entender que não há pretensão constitutiva negativa, ainda mutilada (= sem ação). As pretensões, ações e exceções nascidas do ato jurídico simulado, têm-nas os figurantes uns contra os outros, ou contra terceiros, não prejudicados. O ato jurídico entrou no mundo jurídico e aí produz os seus efeitos. O art.

104 provém do *Esbôço* de Teixeira de Freitas, art. 526, que também

passou ao Código Civil argentino, art.

959: "Los que hubieren simulado un acto con ei fin de violar las leves ó de perjudicar á un tercero, no pueden ejercer acción alguna ei uno contra ei otro sobre la simulación."

No direito argentino, devido ao art. 960, que prevê o contradocumento, na simulação ilícita, ou na lícita, discutiu-se se esse adigo é exceção ao art. 959: *a)* se o é, há a alegabilidade da simulação pelo figurante, a despeito da ilicitude da simulação, e até possível extraversão do ato juridico dissimulado, o que turvaria o sistema jurídico (= entraria no sistema jurídicc o ato simulado, podendo ter ação constitutiva negativa o figurante, se há contra-documento e esse apresenta requisitos de existência e validade); *b)* se não no é, então continua a limitação do art. 960. Com a solução *a,* Alfredo Orgaz (Simulación ilícita, *Revista Crítica de Jurisprudencia,* 1, 316), José P. Milesi *(Simulacián de los Actos jurídicos,* 47) e Hêctor Cámara *(Simulación de los Actos jurídicos,* 221 s.); com a solução *b,* quase toda a jurisprudência argentina. Parece-nos que todo o erro provém de se ter o art. 960 como regra jurídica sobre prova; não é senão regra jurídica sobre extraversão do ato dissimulado, como a regra jurídica do § 117, alínea 2ª, do Código Civil alemão.

Os figurantes, se a simulação é ilícita (= viciante), segundo os arts. 102, 104 e 105, não têm a ação constitutiva negativa. O art. 104 é clarissimo; e a regra jurídica do Código Civil argentino, art. 960, não veio turvar a doutrina. Nem têm ação declaratória negativa, porque o ato simulado entrou no mundo jurídico.

O art. 104 corresponde ao velho direito luso-brasileiro. Lá está em Manuel Álvares Pêgas *(Resolutiones Forenses,* III, 360 s. "Actor simulationem allegare non possit, nisi quatenus sucessor eorum, qui illius fuerunt padicipes, evidenter sequítur, quod, sicut illi non poterant, ita neque iste audiri debet"), que foi ainda mais explícito, referindo-se aos sucessores.

2. *Figurantes na simulação.* Quem são figurantes, na simulação lícita e na ilícita? *a)* Primeiro, os que manifestaram a vontade, contraentes, ou manifestantes das vontades, e os que recebem, se recepticia a manifestação, e o *unus ex publico,* que atendeu àpromessa. Ainda se o mandatário contrariou instruções do mandante, sem exceder os limites

do mandato (art. 1.313). É figurante o mandatário sempre que tenha de responder à outra pessoa ou às outras pessoas (arts. 1.305-1.307); então o mandante é terceiro. *b)* São 551

figurantes os herdeiros e sucessores universais do que tomou parte no ato simulado e os herdeiros e sucessores universais dos herdeiros ou sucessores universais (Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* III, 360; sem razão, ainda *de lege ferenda,* Jacques Desbleumodiers, *La Simulation par l'emploi d'un tiers,* 90, que acha injusta a transmissão passiva da ação de simulação). Naturalmente, se o herdeiro ou sucessor universal é o atingido, em sua esfera jurídica, pela simulação *(e.g.,* simulação para prejudicar herdeiro legitimo), a situação dele é a de terceiro (absurda a opinião contrária de E Escalada, *La Sim ulación,* 42). *c)* Quanto aos legatários, não se pode dizer que sejam sempre terceiros (M. Planiol, *Traité,* 1H, 688; A. Butera, *DelIa Frode e della Simulazione,* 261; Héctor Cámara, *Simulación de los Actos jurídicos,* 233), nem que sejam figurantes (H. Cortés, *La Sirnulación como vício jurídico,* 107): o bem da vida, que foi objeto do ato simulado, se a simulação foi inocente, pode ser objeto de legado, e o figurante, ou o terceiro interessado pode alegar a simulação contra o legatário; se foi objeto de ato simulado anulável, o terceiro tem a ação constitutiva negativa contra o legatário que o receberia do testador, ou seu sucessor universal.

Todos os que não são figurantes são terceiros; e, para que possam alegar a simulação, têm de ser interessados na declaração da inexistência, ou na desconstituição do ato jurídico.

O Código Civil alude a elemento subjetivo (intenção, intuito) ligado ao efeito (prejuízo de terceiro, violação de lei). Mas aí houve confusão, a que se não forrou o *Esbôço,* entre inocência ou nocência e intenção ou não-intenção. A simulação inocente não é a simulação sem má-fé; é a simulação que não ofende, non *nocet.*

Se A simulou e causa dano, a simulação é nocente, ainda que A não tivesse querido causar o dano (prejudicar a terceiro ou violar regra jurídica). O que importa é que A tenha querido tornar jurídico o ato aparente; se não no quis, não houve malícia. Mas, se o quis e houve dano, a malícia esteve em querê-lo, e não no ter causado ou poder causar dano; pois pode ter querido para o efeito (dissimulado) *a* e ter havido o efeito *b,* em que não pensou, nocivo. A legitimação para a ação de anulação é do terceiro ofendido, ainda que o simulante não o quisesse ofender. Quem simula querendo que o ato simulado seja

crido, dissimulou o que não convinha aparecesse, mas pode o ato jurídico simulado ter efeitos em que o simulante não pensou.

§ 476. Ação declaratória de aparência por simulação absoluta inocente

1. *Simulação absoluta, inocente.* A aparência pura, por ser inocente e não se haver cogitado de qualquer ato juridico, não entra no mundo jurídico. Toda questão, a respeito, é no *plano da existência:* existe, ou não existe ato jurídico. A ação declarativa negativa são legitimados os figurantes e os terceiros, porque, embora não haja efeitos, pode haver interesse em se declarar que o ato jurídico não existe. A ação declaratória positiva tem a finalidade contrária: alega-se e prova-se que não houve aparência (= houve ato jurídico sem simulação inocente ou nocente), ou que houve aparência mas o prejuízo ou a possibilidade de prejuízo a terceiros, ou violação da lei, fez entrar no mundo jurídico o suporte fático. Ambas são intentáveis pelos terceiros e contra terceiros (cp. R Oedmann, *Aligemeiner Teil,* 349 s.). O terceiro que adquire de um dos figurantes, ou já de terceiro, o bem móvel, ainda que de boa-fé, não lhe adquire, no direito brasileiro, a propriedade (art. 622, alínea 1w), salvo se o alienante adquiriu, depois, a propriedade (art. 622, alínea 2ª: eficacização). *Aliter,* noutros sistemas jurídicos *(e.g.,* alemão, §§ 932 e 892, G. Planck, *Kommentar,* 1, Q ed., 272). O primeiro adquirente de boa-fé ou o terceiro que adquiriu o bem imóvel aquele que figura no registro de imóveis como proprietário, ainda que se tenha registrado negócio jurídico puramente aparente, está protegido pelo art, 530,1

(aquisição da propriedade pelo registro do título no registro do imóvel). *Aliter,* no direito argentino (cf. Héctor Cámara, *La Simulación en los actos jurídicos,* 281 s.). A cessão feita pelo figurante do ato jurídico aparente por simulação absoluta inocente é cessão de crédito inexistente, que, por lei (art. 1.073) faz responsável o cedente a título oneroso; como, *ex hypothesi,* estava de má-fé (tomou parte na aparência e cedeu crédito inexistente), se a título gratuito. O art. 1.073 é exceção ao art. 145,11, *in une.* A cessão aparente por simulação absoluta inocente não existe: a notificação dela ao devedor (art. 1.069) é eficaz, porque a notificação é ato jurídico à parte, com seus efeitos; mas da cessão mesma não se pode pretender qualquer efeito (cf. G. Planck, *Rommentar,* 1, 4ª ed., 272). Se os figurantes (não se só um ou alguns deles) lhe queriam efeitos, claro é que a simulação

não foi inocente e entrou no mundo jurídico. (A doutrina alemã corrigiu a solução que se deu, no direito alemão, ao problema técnico da simulação absoluta, lançando mão da ação de indenização, se há danos intencionalmente causados. isso só se justifica se só um ou alguns tiveram a malícia; se a malícia foi de todos, o ato entrou no mundo jurídico.)

551

2. *A ação dos arts. 102, 104 e 105 do Código Civil e a ação declaratória negativa.* A ação dos ads. 102, 104 e 105 é inconfundível com a ação declaratória negativa, que concerne aos atos simulados em que a simulação é inocente e absoluta.

3. *Prova e irrenunciabilidade da ação.* A prova da simulação, seja inocente seja nocente, incumbe a quem a alega (sem razão, **E** Leonhard, *Die Beweislast,* 309 s.).

A ação do figurante para a declaração da simulação é irrenunciável. Não cabe a distinção, que Alvaro Valasco *(Decisionum Consultationum,* II, 371) já atacara, entre renúncia inseda no próprio documento e renúncia posterior ou *ex intervailo.*

§ 477. Ação declaratária em caso de simulação inocente relativa

1. *Validade do ato jurídico dissimulado.* Se a simulação foi relativa e inocente, qualquer dos figurantes pode pleitear, não a decretação da anulação, porque não houve defeito (art. 103), mas a declaração de que se quis outra coisa que aquilo que simulou. Sem razão, Clovis Bevilacqua *(Código Civil Comentado,* 1, 344 s.), que entendia não haver outra solução que a de se considerar válido e eficaz o negócio jurídico. No art. 104, o Código Civil somente pré-exclui a legitimação dos figurantes se a simulação foi ou pode ser danosa a terceiros ou infringiu ou infringe regra jurídica; no art. 103, estatui que a

simulação (relativa) inocente não é defeito.

Donde ser de concluir-se: *a)* que, sendo inocente a simulação relativa, qualquer dos simulantes pode pedir que se declare a relação jurídica *dissimulada,* prevalecendo, então, o que foi *querido,* em vez do que se aparentou querer Nesse ponto, Eduardo Espínola *(Manual,* III, Parte primeira, 503 s.) acha que se anula o que foi simulado, para que fique o dissimulado. Conforme bem frisou a Corte de Apelação do Rio Grande do Norte, a 29 de abril de 1936 *(AJ* 94/188; *RF* 128/176), "a consideração de que quem simula deve arcar com as conseqüências da simulação, se aplicada, sem temperamento, aos casos de simulação inocente, resultaria em se favorecer, dentre os simuladores, aquele que, tão responsável quanto o outro, faltasse à fé do pacto, pretendendo a subsistência do negócio simulado em prejuízo do encoberto"; mas o Tribunal de Justiça logo após misturou "ação declaratória" e "iniciativa de anulamento", sem atinar com a contradição entre os termos.

Assim, se A doou a B inocentemente, mas fez passar-se escritura pública de venda e compra, pode A pedir a declaração da simulação inocente, de modo que a dação a B se trate como doação, e não como venda e compra, o que pode ter consequências práticas impodantes, como a revogabilidade por ingratidão, ação cumulável à ação declaratória.

2. *Invalidade do ato dissimulado.* Pode ocorrer que o ato simulado tenha os requisitos de validade e não os tenha, ou não tenha alguns deles o ato jurídico dissimulado. Então, a ação de declaração é julgada improcedente, sendo declaratória negativa a sentença que se prof ira. Não se trata de desconstituição do ato jurídico dissimulado; a eficácia da sentença é declaratória, porciue os requisitos de validade do ato dissimulado funcionam, aí, como óbices à sua entrada no mundo jurídico.

§ 478. O ato jurídico dissimulado

1. *Simulação relativa e dissimulação.* Se a simulação não éabsoluta, há ato jurídico que se quis, surgido do suporte fático em que se inseriu a contravontade, ou se quis o ato jurídico e o suporte fático foi

insuficiente ou deficiente. No *Esbôço,* art. 525, Teixeira de Freitas distinguiu-a: "Se a simulação for relativa e também não tiver havido intenção de prejudicar a terceiro, ou de violar disposição de lei, os atos não valerão com o caráter aparente que tiverem, mas com o seu caráter verdadeiro, se como tais pudessem valer." A regra jurídica somente concernia à simulação relativa inocente. O ato jurídico aparente é, *ex hypothesi,* inexistente, pois a simulação foi inocente; e o ato jurídico dissimulado talvez satisfaça os pressupostos de existência e de 551

validade. De modo que a vinda à tona depende de poder ser e valer o ato jurídico dissimulado: não basta que *seja;* é preciso que *valha.* Os pressupostos de validade são elevados a pressupostos de existência. Assim: se o ato jurídico simulado foi por instrumento particular e o ato jurídico dissimulado exigiria escritura pública, não se pode pensar em *extraversão* (= exsurgimento do ato dissimulado, como ato jurídico, no lugar do ato jurídico simulado); se o ato jurídico dissimulado teria sido nulo ou anulável por incapacidade, não se extraverte, —

portanto não existe. Se teria sido apenas anulável por incapacidade ou outra causa, o ato, que poderia ser ratificativo, é, para ele, que não apareceu, eficaz como ratificação: seria declaração amigável de aparência inocente do ato simulado e ratificação do ato dissimulado.

2. *Conceito de extraversão e pressupostos.* A extraversão ocorre ainda que o ato jurídico aparente, se entrasse no mundo juridico, tivesse de ser tido por nulo, ou anulável; porque só se hão de exigir existência e validade ao ato jurídico dissimulado (cedo, O. Warneyer, *Komnientar,* 1, 172). Por exemplo: foi ato jurídico aparente o contrato de penhor, sem que a tradição do bem móvel se houvesse feito (art. 768, *verbis* "tradição efetiva"), e ato jurídico dissimulado foi dação de garantia ou reconhecimento da dívida.

Se o ato jurídico aparente foi por simulação relativa nocente, entrou no mundo jurídico o suporte fático.

O ato jurídico é apenas anulável. Enquanto não se decreta a anulação, ele é, e pode ser que prescreva a ação de anulação: não há pensar-se em substituição dele pelo ato jurídico dissimulado. Após a decretação, nada fica do acordo reprovável de vontades. Nem havia nem há qualquer possibilidade de extraversão.

Se se concluiu contrato de venda e compra, pelo preço de x, e se lavrou a escritura por x — 2, para se lesar o fisco, a sentença que decrete a anulação dele não pode trazer à tona o contrato de venda e compra por x

— 2. Os figurantes têm de fazer outro contrato, pagando o imposto que corresponda ao preço verdadeiro. O

registro formalmente válida não faz eficaz entre os figurantes a venda e compra por *x,* nem por x — 2; posto que o terceiro possa adquirir a propriedade (art. 530, 1).

O primeiro pressuposto para que o ato jurídico dissimulado se extraverta é que tenha havido o elemento volitivo suficiente para ele. O princípio de que a vontade precisa ser manifestada também aqui cabe, posto que possa ser tácita. Depois, vêm os outros pressupostos. Pode-se provar, por qualquer meio, a simulação do ato jurídico que se fez por escritura pública; não, porém, provar-se por escrito particular, ou outro meio de prova que o instrumento público, o ato jurídico dissimulado que o exigiria.

O ato dissimulado só se extraverte, se o instrumento do ato simulado lhe bastaria; mas a prova da simulação pode ser por qualquer meio. Se o instrumento não bastaria, declara-se inexistente o ato simulado sem extraversão possível do ato dissimulado.

3. *A extraversão é eventual.* A afirmativa de que, tenha sido invocado o art. 105, a sentença desfaz o ato simulado, deixando intacto o ato dissimulado, é doutrina completamente estranha ao direito civil brasileiro e ao próprio direito comercial. Se a simulação foi absoluta, nada fica incólume, porque nada existe, e a sentença é apenas declaratória. Se a simulação é relativa e inocente, única espécie em que os figurantes podem alegar simulação relativa, então, sim, a sentença estabelece o que realmente foi querido pelos figurantes em lugar do que foi simulado. Tal ação é ação de interpretação do ato jurídico, portanto declaratória; porém não se pode dizer o mesmo quando se trata da ação anulatória. Para ação de anulação, legitimados ativos são apenas os terceiros lesados ou ameaçados pela simulação, ou os órgãos ou representantes do poder público. Então todo o ato jurídico cai, com o golpe sentencial, e nada fica do ato simulado, nem do ato dissimulado, de que resultaria o dano aos particulares, ou ao Estado. Grande confusão, nota-se, por exemplo, nos

Acórdãos da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 18 de outubro de 1949 e a 3 de janeiro de 1950 *(Ai* 94/1; *RF* 131/86).

§ 479. Ação de anulação por simulação

1. *Simulação nocente.* No Código Civil brasileiro, art. 147, II, o ato jurídico eivado de simulação é *anulável.*

No art. 105, explicítase isso, com a alusão infeliz a "nulidade", que é reminiscência do *Esbôço* de Teixeira de Freitas (art. 527: "Terceiros prejudicados pela simulação, ou o Ministério Público, no interesse da Fazenda Nacional, ou da lei, poderão demandar a nulidade dos atos simulados"). No Código Civil alemão, § 117, há 551

nulidade, e não só anulabilidade ou impugnabilidade: não é preciso propor-se ação. De *iure condendo,* melhor solução adotou o Código Civil brasileiro, com a tradição do direito anterior. Na 1ª edição de *Consolidação das Leis Civis,* art. 358, Teixeira de Freitas dizia *nulos* os atos jurídicos eivados de simulação. Corrigiu-o, *de lege lata,* diante do Código Comercial, art. 129, art. 4, e do Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 685. São anuláveis, tanto mais, advertiu, quanto depende de ação o serem invalidados.

As criticas que se fizeram o art. 104 foram injustas. Não atenderam a que, desde o momento em que alguém manifestou a vontade do ato ostensivo, *prejudicando a outrem, ou violando a lei,* "quis o ato ostensivo". O art. 104 considera existente tal ato e, pois, exclui a ação pelo próprio manifestante, entre si e contra terceiro. E consequência da distinção, implícita nos arts. 103-105, entre ato simulado que não existe (simulação absoluta ou relativa, inocente) e ato simulado que existe e é anulável. Não no viram os críticos *(e.g.,* A. Ferreira Coelho, *Código Civil,* VIII, 66; 3. M. Carvalho Santos, *Código Civil,* 1, 398, que considerou o art. 104 aplicação errada da regra *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans,* o que é de repelir-se duplamente, pois nem é aplicação de tal regra, nem erro). A teoria que se fundava na *cisão* do tratamento do ato jurídico simulado, quanto aos figurantes e quanto aos terceiros de boa-fé, descurava da distinção entre inexistência e não-validade, para só se ater à consideração das relações intimas entre os figurantes e das relações externas entre aqueles e os terceiros. Consequência: o figurante poderia alegar a simulação, ainda que

tivesse tido a intenção de prejudicar a terceiros ou de violar a lei (cf. Código Civil italiano, ads. 1.415 e 1.416).

A isso tentaram obviar o anterior Código Civil português, art. 692, e o soviético, art. 402: os figurantes têm a ação por simulação ilícita, mas, se há torpeza de ambos ou de todos, os bens são devolvidos ao Estado. Ou essa devolução resulta de pena, ou se supõe transferido, a despeito da aparência, o bem. Outra solução é a do Código Civil peruano, oriunda do velho livro de Chardon, muito em voga nos países hispano-americanos. No direito argentino, diante do art. 959, uns *a)* negaram qualquer ação ao figurante da simulação ilícita (Baldomero Llerena, *Concordancias y Comentarios,* 2ª ed., III, 482 s**;** Manuel 1. Díaz, *La Simulación en los Actos jurídicos,* 41; R. L. Salvat, *Tratado,* Parte General, 1.049); outros *b)* entenderam que o art. 960 permite ação, se o ato dissimulado é válido e há contradocumento (O. Leguizamon e J.O. Machado, *Instituta,* 104; R.

Rivarola, *Instituciones,* 1, 72-75; H. Lafaille, *Apuntes,* II, 230; A. Acur5a Anzorena, *La Simulación en los Actos jurídicos,* 179). Outra interpretação foi a de H. Codés *(La Simulación como vicio jurídico,* 123), porque atendia a que o art. 959 provinha do *Esbôço* de Teixeira de Freitas, mas vendo no art. 960 regra jurídica sobre prova. O figurante, se a simulação é nocente, não tem ação declaratória negativa. Tudo está ai.

2. *Ação de anulação.* Nenhuma simulação, no direito brasileiro, tem sanção de nulidade. Ou a simulação é pré-excludente da entrada do ato no mundo jurídico, ou não é pré-excludente, nem invalidante, ou é causa de anulação. Ou não entra, ou entra com ou sem o defeito.

No direito brasileiro, a simulação relativa e nociva, apenas torna anulável o ato; não há nulidade; sob a influência de leituras estrangeiras, alguns acórdãos se aventuraram a falar de nulidade *(e.g.,* os do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 21 de novembro de 1949, 30 de janeiro de 1950 e 12 de junho de 1950, O *Diário,* de 20 de junho de 1951 e 3 de julho do mesmo ano). Absurdo maior é falar-se de ação declaratória da simulação, a respeito da ação dos ads. 102, 104 e 105, como fez a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 22 de fevereiro de 1939 *(RT* 119/661), por sugestão de comentadores apressados. Também é de repelir-se dizer-se que, na simulação, o negócio simulado não existe realmente: o negócio simulado aparece e é, o dissimulado não aparece, se bem que sejam os

seus efeitos o que o simulante quer *(e.g.,* 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 2 de fevereiro de 1950, *PJ* 51/379).

A despeito da explicitude do Código Civil em dizer que o ato jurídico com eiva de simulação é anulável (arts.

147, 105, 178, § 99, V, *b,* 34 parte), imperdoavelmente estão os juizes a falar de ação declaratória da simulação, fundada nos arts. 102, 104, 105 (por exemplo, a 4ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 27

de maio de 1936, *RT* 102/235, 2ª Grupo de Câmaras Civeis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de abril de 1949, 180/ 584, 5ª Câmara, 10 de fevereiro de 1950, e Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 12 de agosto de 1949, *i* 32/72): a ação é anulatória, portanto constitutiva negativa. Tendo havido simulação absoluta, sim, a ação édeclaratória; pode mesmo ser declarada, *incidenter,* não existente a relação jurídica que alguém afirma existir. Também não se há de confundir a ação de anulação por simulação, que se baseia nos ads. 102, 104 e 105 do Código Civil, com a ação de nulidade da alienação de bens, pelo ascendente ao descendente, sem que os outros descendentes expressamente consintam (art. 1.132), porque tal ação é de nulidade (art. 145, V), podendo ter ocorrido fraude à lei. Não se precisa, a respeito, de qualquer invocação dos ads. 102, 104 e 105.

3. *Prova da simulação.* Nunca se discutiu, nem se pôs em dúvida, no direito brasileiro, se cabia provar-se a simulação, pelos vulgares meios de prova, inclusive indicio e presunções. Manuel Álvares Pêgas *(Resolutiones Forenses,* 1, 458, foi claro: "... ilIlus probatio est difficilis. Et in ea, quae sunt difficilis probationis, admittitur probatio per indicia et praesumptiones"; II, 1.144 s.). O relator do Acordam do Desembargo do Paço, a 13 de abril de 1680, disse que "probari posse dictam simulationem per conjecturas indubitabile est". E já citava a Alvaro Valasco *(Decisionum Consultationum,* II, 370), que escrevera: ... probatio (simulationis) admittitur per indicia et praesumptiones, velut dolus, fraus, usura, actus venereus, et alia uíusmodi". Mais: "una coniectura sufficiet, ut reddat in instrumentum símulatum" (cf. Feliciano da Cunha França, *Additiones aureaeque lílustrationes,* 1, 208 s.).

O ônus da prova da simulação cabe a quem a alega (Manuel Álvares Pêgas, *Resolutiones Forenses,* II, 1.144). Quando a prova indiciária ou as presunções não bastam, nem há outra prova, dá-se por improvada a alegação (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de Pernambuco, 31 de agosto de 1945, *AF* 17/471): o mesmo é dizer-se que, na dúvida, se tem por válido o ato jurídico *(e.g.,* Câmaras Civeis Reunidas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 2 de maio de 1949, *AJ* 95/258). O fato de se empregar em titulo estampilha já sem eficácia não prova, por si só, a simulação da divida (lª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 21 de agosto de 1944, *RT* 154/730). Quase sempre as provas têm de ajustar-se para que se dê por certo ter existido simulação *(e.g.,* 2ª Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de junho de 1947, *RT*

169/567: "A proximidade das alienações, a falta de recursos do comprador, a inexistência do lucro no curto espaço de tempo em que foi proprietário, a declaração de pagamento anterior e a concessão de vantagens desusadas ao vendedor, que não era pessoa de suas relações, fazem presumir tratar-se de negócio simulado").

Pode dar-se que a doação ao parente próximo não seja simulada, *e.g.,* à mãe, que depois promove o despejo (1ª

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de setembro de 1949, *RT* 183/282), ou ao irmão (1ª Câmara, 27

de setembro de 1947, 172/574); porém tal proximidade de parentesco pode concorrer com outros indícios e constituir prova da simulação.

O terceiro tem de provar o prejuízo (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 3 de fevereiro de 1941, *RT* 133/213). Têm-se, por exemplo, como presunções e indícios de simulação: as alienações seguidas; a falta de recursos do comprador; a declaração na escritura pública de já se haver, anteriormente, recebido o preço (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de setembro de 1946, *RT* 166/232); dívidas dos cônjuges separados, nas vésperas de dissolução da sociedade conjugal (6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de fevereiro de 1949, 179/844).

4. *Legitimação ativa.* Diz o art. 105: "Poderão demandar a nulidade dos atos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder público, a bem da lei e da Fazenda." Lesados

ou ameaçados de o serem; porque para a anulabilidade basta a possibilidade de prejudicar. Os que creram no ato jurídico anulável por simulação são protegidos se a anulação advém, promovida por outro, também interessado na desconstituição, se não é de se supor que renunciaram a direitos. Os que simularam, ou concorreram, por culpa, para que outrem pudesse crer na simulação, cometem ato ilícito absoluto (art. 159).

5. *Embargos do devedor.* Na execução, o executado não pode opor a simulação nocente; pode opô-la, em embargos de terceiro, o terceiro ou o órgão representante do poder público. O que se ensinava nos livros de praxe somente podia concernir à simulação inocente *(illi sint nulli,* dizia Silvestre Gomes de Morais, *Tractatus de Executionibus,* II, 400, "si contrahentes quod facere demonstrant in effectu agere non intendunt, sive fictio et simulatio sine praeiudicio, vel fraude alicuiu tertii, vel legis fiat, quo casu licitum est simulare"). O

executado pode, nos embargos, alegar a simulação absoluta, ou a inocente. A simulação viciante, por nociva a terceiro, ou à lei, não. Somente nos embargos de terceiro pode ser alegada, pelo terceiro prejudicado, ou pelo órgão ou representante do poder público. Se foi aberto concurso, ou falência, então o credor ou o síndico, conforme as regras da lei (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 57, *lex specialis),* pode alegá-la em defesa, isto é, integrando a contestação, ou em embargos do devedor. Para alegar a simulação absoluta e a inocente, os credores têm a declaratória, com a sentença de declaração de inexistência.

§ 480. **Simulação e transmissão**

1. *Simulação e interesses de terceiros.* A sanção, em caso de simulação nocente, é a de ser deficiente o suporte fático e, pois, anulável o negócio jurídico. De modo que toda referência à reserva mental, quando se discute sobre anulabilidade em virtude dos arts. 102-105 (ainda confusão a repelir-se em E Ferrara, *Deila Sim ulazione, 1ª* ed.,

48 e 287 s.) é de evitar-se, porque não está na divergência entre vontade e declaração, problema de estrutura do negócio jurídico, a razão da invalidade: a invalidade resulta de outra divergência, que é entre o ato juridico e o que se passou, na verdade, entre os contraentes, ou figurantes, — de jeito que o terceiro ou os textos legais são atingidos pelo que *faltou* ao negócio jurídico que aparece, com prejuízo de terceiro ou violação da lei. Por exemplo, se simularam venda e compra, e em verdade um figurante doou ao outro figurante (= faltou a contraprestação), venda e compra houve e vale; mas, se dai provém prejuízo de terceiro, ou violação da lei, a anulabilidade exsurge, a favor do terceiro prejudicado ou do Estado (art. 105, *verbis* "os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder público"). Se não há tal prejuízo de terceiro, ou violação da lei, o ato jurídico é válido. Se há tal prejuízo, ou se há violação da lei, há a anulabilidade, a favor dos interesses que a simulação ofendeu. Por isso, a simulação não é oponível pelos figurantes contra os terceiros, ou o Estado; só a pode opor o terceiro prejudicado, ou o Estado. Há eficácia do ato jurídico entre os figurantes; não na haverá contra terceiros, se esses o atacam pela ação de anulação.

2. *Registro.* Tal como se dá quando o registro de imóveis é retificável, — contra o que é o direito *secundum tabu las* exsurge o que é o histórico encadeamento dos direitos. Aliás, se se trata de negócio jurídico que obteve registro, a ação de anulação é que vai permitir o pedido de retificação, ainda que, processualmente, se hajam pedido a anulação e a retificação, no mesmo ensejo. A precedência lógica daquele é ineliminável. Não se diga que a *falta* do elemento que faria imune à anulabilidade por simulação o ato jurídico concerne à eficácia, e não à validade (sem razão, P. Oertmann, Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein, *Zeitschrift for das gesamte Handelsrecht,* 95, 461). Não é esse o elemento histórico, nem a *lex lata* (arts. 147, II, *verbis*

"vício resultante de simulação", e 105). Tampouco há pensar-se em correçao da vontade, ou corretivo do principio da vontade (sem razão, M. Aliara, *La Teoria generale dei Contratto,* 95 e 192; *La Successione testamentaria,* 148 e 157 s.**);** ou em teoria da aparência do direito, com a noção de substituição da "realidade" à aparência, porque tal conclusão exigiria que se tivesse o ato jurídico, que se ocultou, como existente, contra tudo que se passa segundo os princípios.

Escreveu Cunha Gonçalves *(Tratado de Direito Civil,* V, 737) nada impedir aos figurantes que, „por acordo posterior, mesmo verbal e secreto, se decidam a manter o contrato, que simulada-mente haviam celebrado", fazendo cada um a devida prestação. E deu exemplo: "tendo alguém vendido simuladamente os seus bens para prejudicar os seus credores, ficará a simulação sem efeito, desde que, mais tarde, as duas partes resolvam convertê-la em convenção verdadeira, recebendo o vendedor o respectivo preço". A questão, que levantou, é falsa questão. Ou a simulação é absoluta, e então, o que se fez foi nada, e continua nada; ou é relativa, e nada adianta qualquer outra convenção dos figurantes enquanto há a ação dos terceiros. Se houve registro da transferência da propriedade imóvel, simulada em absoluto, o registro opera os seus efeitos. Para se cancelar o registro, teriam os figurantes de pedi-lo, dando ao registro o negócio jurídico declarativo. Se a simulação foi relativa, mas inocente, dá-se o mesmo, tendo de haver negócio jurídico constitutivo negativo. Se nociva, só o juiz pode decretar a anulação, seguindo-se o cancelamento.

§ 481. Conceito de reserva mental

1. *Reserva mental e origem do conceito.* Alguns pensam que o conceito de reserva mental provém dos canonistas (L. Pininski, *Der Tatbestand der Sachbesitzerwerbs,* 1, 396; A. v. Scheurl, Was ist Mentalreservation?, *Archiv for die civilistische Praxis,* 78, 342 s.**;** R. Forrer, *Tiber Simulation und sog.*

Mentalreservation, 91). Sem razão; foram os moralistas que o revelaram. Tinham eles, diante de si, o problema da mentira; e haviam de pender para a maior importância da *iusta et honesta causa* nas relações da vida. A concepção agostiniana deu novo rumo à moral prática. Restava saber-se até onde o direito a receberia.

Para os sistemas jurídicos, o problema somente começa com a existência ática da mentira do manifestante da 551

vontade. Não importa a divergência quanto à moral dos teólogos (primitivo conceito de reserva mental, conceito das *restrictiones mentales* segundo os juristas, conceito hodierno).

2. *Conceito de reserva mental. a)* Entre os juristas, tal como aconteceu ao conceito de simulação, principalmente ao de simulação unilateral, cedo se insinuou o elemento de dolo, inclusive, o que era absurdo, para se lhe explicar a ineficácia (isto é, a não-entrada no mundo jurídico). Assim, por exemplo, L. Pininski *(Der Tatbestand der Sachbesitzerwerbs,* 1, 397). L. Enneccerus *(Rechtsgeschãft, Bedingung u. Anfangstermin,* 98) e G. Vogel *(Mentalreservation und Simulation,* 16) apenas admitem que o elemento de dolo possa não existir. Essa alusão ao dolo é de todo impertinente; é aquela mesma confusão que se observa a respeito da simulação. No fundo, reedita-se o exame critico moral, que adveio dos teólogos e moralistas (cf. Anton Graf von Pestalozza, *Der Begriff der Mentalreservation,* 17). b) Outros acentuaram a mentira, que há, dizem, sempre, na simulação (F. von Savignº, *System,* III, 258 s.; A. v. Scheurl, *Das gemeine deu tsche Eherecht,* 124

s., E Hellmann, *Gutachten,* 1, 498: "declaração de vontade não existente"; H. lsay, *Die Willenserklàrung,* 17: inexpresso não-querer, com manifestação de ter querido; B. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 209: querer do ato de declaração, não querer do conteúdo dele, mas querer que se tome como querido o declarado; contra, Anton Graf von Pestalozza, *Der Begriff der Mentalreservation,* 18, que critica a esse conceito de reserva mental como não querer consciente do declarado). Outros viam na reserva mental *aequivocatio* (A. V. Scheurl, Was ist Mentalreservation?, *Archiu for die civilistische Praxis,* 78, 342 s.**;** E. Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschãfte,* 139 s.**:** equívoco sobre *ir* o destinatário, em caso de discussão, ou de exigência de cumprimento, *admitir* que o manifestante da vontade não quis; E Regelsberger, *Civilrechtliche Erôrterungen,* 1, 18), sob evidente influxo de velha teologia. c) Para L. Scheif *(Die Divergenz zwischen Wille und Erklàrung,* 27) e J. Kohler, Uber den Willen im Privatrecht, *Jahrbocher fOr die Dogmatik,* 28, 171 s.), cujo conceito corresponde ao da *restrictio pure mentalis,* — exprime-se *a* e retém-se um não, que é interno.

d)

Quarta opinião foi a de B. Windscheid *(Wille und Willenserklàrung,* 28) e L. Pininski *(Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs,* 1, 401), para os quais o que se não quer são os *efeitos.* No mesmo sentido, RarI Gareis *(Der Aligemeine Teil,* 133), frisando a não-coincidência da expressão com a vontade. A falta de seriedade seria reserva mental, com as mais díspares conseqüências. *e)* Em vez disso, E. Hôlder, comentando o § 116 do Código Civil alemão, entendeu que a reserva é quanto à vontade de não executar o conteúdo da declaração de vontade; também, H. Leonhard *(Der Aligemeine Teil,* 467 s.) e H. Dernburg *(Pandekten,* 1, 7ª ed., 229 s.). Em verdade, não importa se o reservante

não quer o que declarou (conteúdo), ou se não quer executá-lo. Qualquer dessas internas reservas é a reserva mental a que se referem os juristas.

3. *Elemento fático da reserva mental.* Descendo-se ao exame do elemento fático da reserva mental, exatamente o elemento do suporte fático que não entra nq mundo jurídico, vemos: *e)* que alguns pensam em se querer enganar, esconder; 2) outros distinguem o enganar e o reservar, de modo que pode existir reserva mental sem propósito de enganar. Está certa a opinião 2); e Er. Eisele (Ober Nichtigkeit obligatorischer Vertrãge, *Jahrbúcher for die Dogmatik,* 25, 436) cedo mostrou que não é essencial àreserva mental o induzir a outrem em erro.

A reserva mental pode ser quanto à existência, quanto ãvalidade, e quanto à eficácia ou ao propósito de adimplir. Todas elas não entram no mundo juridico. A reserva mental é inconfundível com a simulação. A ciência tem de repelir que se tenha a reserva mental como simulação unilateral e a simulação como reserva mental bilateral. Em tais confusões muitos incorreram e incorrem *(e.g.,* W. Wette, *Mentalreseruation, Simulation und agere in fraudem legis,* 16 **5.;** Héctor Cámara, *Simulación en los Actos jurídicos,* 52 s.) Procurou L. Scheif *(Die Diuergenz zwischen Wille und Erklãrung,* 27) distingui-las: na reserva mental, algo se declara querer, que não se quer, de modo que o querer fica indeclarado; ao passo que, na simulação, inclusive unilateral, o que se declara é querido. Tal distinção não satisfaz. Diga-se o mesmo de A. Sonntag *(Das simulierte Rechtsgeschàft,* 3 s.), R. Forrer *(Uber Simulation und □ sog. Mentalreseruation,* 90 s.). Entendia 5.

Schlossmann *(Der Vertraq,* 105 s.) que a reserva mental seria apenas simulação que ninguém conhecera. Fora difícil admiti-lo, hoje em dia, — quando o Código Civil alemão, § 116, 2e parte, figura a hipótese de reserva mental que o destinatário conheça, e a jurisprudência teve de pensar em casos de reserva mental manifestada.

Entre a reserva mental e a falta de seriedade, a distinção também não pareceu fácil. Assim, A. Pernice (Kritische Beitrâge, *Zeitschrift fOr das gesamte Handelsrecht,* 25, 117) pretendia que, no não-sério, se algo se declara, se diz que se declara sem que se desejem as conseqüências; de modo que seria a reserva mental espécie de simulação. Outros viram na falta de seriedade algo de objetivo, ao passo que a reserw‟ mental é toda subjetiva. Verdade é que, na reserva mental, algo quer e algo não

se quer, incluídos no mesmo suporte fático. O que não se quer é *daqui para o futuro,* porque "reservar" é reter; foi H. Leonhard quem primeiro o 551

observou. O ato entrou no mundo jurídico; não entra a reserva mental. Se fosse possível a reserva mental *antes* do ato, seria não-sério o ato, ou absolutamente simulado. Quem reserva quanto à existência, antes dela, pré-

exclui a entrada do ato, e não da reserva, no mundo jurídico; mas tal reserva não seria *in mente.*

Argumentou A. Thon *(Rechtsnorm und subjektives Recht,* 359) que a reserva mental não pode ser levada em conta, porque não se exterioriza, — e não porque não possa ser provada; mesmo porque se pode, em muitos casos, provar (cf. L. Enneccerus, *Rechtsgeschâft, Bedingung und Anfangstermin,* 96). O direito não pode, na maioria dos casos, ir ao intimo; e nunca, se se trata de regrar relações humanas, supô-lo, no tráfico da vida.

A reserva mental não é ineficaz porque seja nula; é ineficaz, porque não está no mundo jurídico: *não* é. O

problema legislativo consiste em se saber se a reserva mental, sendo conhecida do destinatário da declaração ou manifestação de vontade, faz não-existente, ou nula, ou anulável, a essa. O direito alemão (§ 116, 2ª parte), deu a segunda solução, com as criticas de 3. Kohler; o direito brasileiro ignora-a: portanto, tudo se há de resolver como se não-existisse, se ignorada, e como pré-excludente da entrada da manifestação de vontade no mundo jurídico, se conhecida e admitida, transformando-se em simulação absoluta ou em contradição invencível. Aí, a diferença inapagável.

O que mentalmente reserva não simula: quer o que manifestou querer; nem dissimula: o que ele reservou não seria "algo que quis aparentando querer outro ato". O que simula dá aparência a algo, que manifesta querer, fingindo; se também dissimula, deixa de mostrar o que em verdade quis. Não reserva, porque, se houvesse reservado, não teria simulado, — teria criado e, pois, destruido, pela criação do real, o que só seria a aparência; nem teria dissimulado, porque, se dissimulasse, quereria sem reserva. O que simula de modo absoluto não manifesta o que possa entrar no mundo juridico; o que simula relativamente manifesta vontade, que entra no mundo jurídico,

embora exposto o ato jurídico àanulação. O que mentalmente reserva manifestou vontade, que entra no mundo jurídico, a despeito da reserva mental, salvo se, conhecida e admitida a reserva pelo destinatário, entraria contradição (quer + não quer), e não manifestação de vontade.

4. *Inalegabilidade da reserva mental.* A reserva mental não pode ser oposta ao destinatário, ou a terceiros; nem o destinatário, ou terceiro, a pode opor ao reservante. Se conhecia a reserva mental, ou tal conhecimento implica que o vínculo juridico não se compôs, ou não implica. No primeiro caso, não há ato juridico nenhum: não se quis o que se manifestou, porque houve duas manifestações, que se destruiram. No direito brasileiro, havemos de entender que o conhecer, pensando-se que o ato juridico existe, exclui que se haja dado a pré-

exclusão da juridicização (assim, *mutatis mutandis,* ~J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 488; contra, G. Planck, *Kommentar,* 1, 4ªed., 271). E preciso que a cognição pelo destinatário faça do ato, em que se dá a reserva, ato aparente. Portanto, há de haver cognição *mais* outra manifestação de vontade em contrário. Não basta que o destinatário conhecesse o propósito de não adimplir. Se o propósito reservativo é só de não adimplir, há o propósito positivo de fazer jurídico o ato. Não se poderia pensar em simulação absoluta inocente, nem em reserva mental recebida e admitida. O conhecimento e admissão hão de ser do destinatário. Não importa se todas as outras pessoas conhecem e admitem a reserva mental. Se, à vista do público, para salvar do vexame a senhora, que perdera o dinheiro das compras de jóias ou títulos, alguém, que ocultamente a sustenta, se prontifica a emprestar-lho, não se pode pensar em que a causa de doar não atue: houve doação, e não empréstimo (simulação relativa). Se o desconhecido disse emprestar, sem ter intuito de aparecer algum dia, empréstimo houve, a despeito da reserva mental. Se disse em segredo à senhora que não tinha intuito de emprestar, e sim de doar, não simulou: a reserva mental pré-exclui o empréstimo; fica o ato da doação manual.

Não tem a mesma consequência que o conhecer o dever conhecer (A. Hartmann, *Das simulierte Rechtsgeschàft,* 60 s., que também frisou não se confundir a reserva mental conhecida e admitida, pré-excludente, com a simulação absoluta inocente).

Capitulo VIII

Fraude Contra Credores

§ 482. Conceito e fundamento da anulabilidade por fraude contra credores

1. *Precisões terminológicas.* Antes de versarmos o assunto, convém que precisemos os conceitos de que vamos nos servir. Fraudar é apenas violar indiretamente. Qualquer elemento subjetivo que se intrometa provém de confusão com outros elementos do suporte fático das regras jurídicas sobre fraude; portanto, de elementos que não são a *fraus.* Quem frauda frustra. O étimo é o mesmo. Quem frauda viola, frustrando. Violar, frustrando, é violar indiretamente. Se o sistema jurídico exige algum elemento subjetivo, esse elemento é à parte. Se os exige cumulativamente, não conhece mais de uma figura de fraude contra credores. Se exige um, como elemento do suporte fático de uma regra jurídica, pode não no exigir, tratando-se de outras regras jurídicas, ou figuras ou espécies de fraude contra credores. E o que se passa no sistema jurídico brasileiro.

Enquanto, conforme veremos, o art. 107 tem como elemento neccssário do seu suporte fático o elemento subjetivo por parte de quem negociou com o devedor, o art. 106 dispensa-o e o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 53, 57 e 99, torna necessários elementos subjetivos da parte do devedor e da parte daquele com quem esse negociou.

2. *Sanções.* Tanto no direito civil quanto no direito comercial comum, a sanção contra a fraude à lei é a anulabilidade, mas a lei falencial preferiu a técnica justinianéia da revogabilidade. Uma e outra são inconfundíveis com a sanção da ineficácia relativa ex *lege;* com mais forte razão, com a sanção da ineficácia absoluta, *ex lege.* Todos esses assuntos têm de ser tratados, com certa profundidade e segurança, para que o jurista não se emaranhe com os institutos do direito romano clássico, mal fundidos no instituto justinianeu da *acho Pauliana,* ou não confunda os dois institutos hodiernos da anulação e da revogação. Sem isso, expõe-se o jurista a erros sem conta.

Se o devedor pratica atos que podem vir a prejudicar credores, o sistema jurídico dá-lhes a medida cautelar do arresto (Código de Processo Civil, arts. 813-820). Se já os praticou, fraudulentos, os arts. 106-113

incidem.

No direito brasileiro, a fraude contra credores é instituto de direito material; e não de direito processual.

No direito alemão e noutros sistemas jurídicos, de direito processual execucional. A ação revocatória falencial é, no direito brasileiro, ligada ao processo da falência.

A ação de anulação por fraude contra credores é civil, se civil o ato que se ataca; comercial, se comercial o ato (C. Vivante, *Trattato,* IV, 5ª ed., 648; Majorana, *Deila Prescrizione in materia di commercio,* 27 s.).

3. *Fundamento da anulabilidade.* A sanção à fraude contra credores poderia ser fundada: *a)* na ilicitude absoluta, *stricto sensu,* do ato, e então não serviria a sistema jurídico que abstraísse, como o direito brasileiro, do *consilium fraudis,* e até, em algumas espécies (art. 106), da *scientia fraudis; b)* na ilicitude absoluta *lato sensu,* entendendo-se que se violou dever jurídico (o dever de não dispor do patrimônio a ponto de prejudicar os credores já existentes, que contam com a estabilidade patrimonial); *c)* na ilicitude relativa, por existir obrigação de não fraudar, ligada á de adimplir; *d)* na infração de dever moral, o que é deslocar-se o problema e cair-se em retórica fofa; *e)* no abuso do direito; 19 na distinção entre divida e garantia, servindo a ação dos arts. 106-113 a essa; *g)* na representação dos credores pelo devedor, razão para se não considerarem terceiros os credores prejudicados (on ne représente pas ceux que lon trompe", absurdo fútil que se introduziu na doutrina francesa, cf. A. Weil, *La Relativité des Conuentions,* 124); li) no defeito de vontade, que a fraude ao credor produz.

(a) A opinião *a* desatenderia a que o fundamento, que tem o legislador, para edictar sanção de nulidade, ou de anulação, ou de revogabilidade, ou de impugnabilidade, pode não-ser o mesmo fundamento, que lhe assiste, para considerar ato ilícito absoluto a ação ou omissão de alguém. Por vezes, os juristas simplificam a 551

questão do fundamento das sanções, aludindo à ilicitude absoluta, que, quase sempre, pode ocorrer, porém não é elemento necessário. A opinião *a,* tão divulgada entre escritores franceses e italianos, põe à mostra a sua falsidade, quando se considera o direito brasileiro, mais do que alhures, jbois os arís. 106 e 107 abstraem do *consilium fraudis.* O ato ilícito absoluto pode existir e gerar ação de indenização ou a própria aplicação da lei penal.

(b) Se adotamos conceito lato de ilicitude absoluta, de modo que não nos adstrinjamos aos limites do art.

159, apenas temos de pensar na existência de dever jurídico, que se haja relevado ao intérprete pelo exame de diferentes regras juridicas que cogitam da violação indireta da esfera juridica dos credores, sem ser em virtude do vinculo negocial, em si mesmo. Como conclusão àcrítica das opiniões acima enumeradas, teremos de volver a esse assunto.

(c) A opinião *c* supõe a existência de dever dos devedores quanto a conservar certa quantidade de bens que dê para solver as suas dividas, ou que sirvam à solução futura. Seria dever ligado ao de adimplir, revelado em regras jurídicas esparsas. No direito brasileiro, não há regra jurídica escrita como a do art. 2.093 do Código Civil francês, ou a do art. 2.741 do Código Civil italiano, em torno dos quais gira a argumentação. Em verdade, bastariam os arts. 106-113 para se entender existente dever de não fraudar credores; mas ~que vale invocá-los, se estamos exatamente a procurar o fundamento do jurídico de tais arts. 106-113? Por outro lado, a relação jurídica, se de segundo grau, em relação ao dever de adimplir, teria de ser classificada (direito real, fantasia de A. Rocco, *II Failimento,* 17 e 25, e de G. Pacchioni, *Degli* ObbJigaZiOni in generaie, 15 s., *Delie Leggi in genernie,* 2ª cd., 6 s., até certo ponto também, de W. D‟Avanzo, *La Surro-gatOrid,* 32 **5.;** direito de garantia pessoal, cf. A. Cicu, L‟ObbligaZiOnC ne! patrimoflio *dei debitore,* 223, 30 s., 226 s., mas ai

„garantia‟ passa a ser conceito igual ao de responsabilidade~ na opinião 19, ou é equivoco e a alusão à culpa não serviria ao sistema jurídico brasileiro, que abstrai do *consilium fraudis).* Demais, a ação dos arts. 106-113

pode ir contra o outro figurante ou favorecido do ato juridico, o que o simples dever de garantia pessoal, por parte do devedor, não explicaria. Quando a lei atribui a certos direitos a executividade do

art. 585 do Código de Processo Civil, está evidente que lhes deu *plus;* mas esse pius não existe nas ações cuja sentença terá, apenas. carga executiva mediata: a ação executiva, a *acho* judicati, nasce, aí, da sentença; não pré-existe a ela.

O direito de garantia teria de ser absoluto, embora pessoal *(e.g.,* **P.** Ehzbacher, Die *~0~dfunq5fáhiqfreit,* 1, 263), mas nada prova que se haja elevado à categoria dos direitos absolutos tal direito de garantia. Outros há que em tal direção da ação contra o terceiro vêem preponderãncia do direito de garantia em relação ao direito do adquirente, alusão à colisão de direitos, — solução que reconhece o caráter relativo do direito de garantia, direito sem pretensão e sem açao, porque da violação, da *fraus,* é que nasceria (assim, L. Cosattini, *La Revoca degli Attí fraudoletiti~* 80).

(d) A opinião que alude a dever moral desloca o problema. De certo modo, resultou de demasiada atenção, que se dera no passado, ao enriquecimento injustificado. É de ver-se, porém, que seria tentar-se ressuscitar teoria desacreditada estar-se a pensar em enriquecimento injustificado quando se discute o fundamento à sanção de anulabilidade (ou de revogabilidade) por fraude contra credores. Demais, seria continuação à literatura fácil, em que se discorre, com maior ou menor brilho, sobre o substrato moral das regras jurídicas.

(e) A opinião *e* também pertence à série de respostas, com invocação do conceito de abuso do direito (art.

160, 1, 2ª parte), a questões que parecem árduas aos juristas. Certamente, pode ter abusado do direito, na espécie a liberdade de convenção, ou de manifestação de vontade, o 1 raudador, mas estaríamos, então, diante do ato ilícito absoluto (arts. 159 e 160, 1, V parte). O abuso do direito é apenas uma das figuras, que se contêm, como espécie, hoje fixada, de ato ilícito absoluto; de modo que a opinião *e* cai diante dos mesmos argumentos que solapam a opinião *a.* O abuso de direito faria nascer ação de indenização por ato ilicito absoluto; não ação de anulação, por fraude contra aedores, tanto mais quanto se abstrai, no direito brasileiro, do *consilium fraudis.*

(A opinião *f* quis aproveitar lá a seu modo, a distinção entre divida e garantia. Certamente, o patrimônio do devedor está exposto a responder pelo pagamento dos credores; e não há contestar-Se a existência histórica e dogmática da diferença entre *Schuld* e Haftung, divida e responsabilidade. Exatamente, a respeito da fraude contra

credores, há o pius, que o legislador criou, por haver estabelecido aos devedores, em certos casos, o dever de não fraudar credores, ao praticarem atos jurídicos. Tal dever é que é Schuld. Ora, ao redigir os arts.

106 e 107 do Código Civil, bem como o art. 1.555 (Código de Processo Civil, art. 768) ou os arts. 53, 57 e 99

do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, o legislador não atribuiu responsabilidade desde logo, pela 551

infração, ao devedor, nem se fundou na existência da *Haftuflg:* se na responsabilidade anterior se houvesse fundado, tais regras jurídicas, excepcionais seriam escusadas. O credor, ou, no caso de revocatória falencial, o síndico, somente tem, a seu favor, pelo *eventuS damni,* a responsabilidade depois de transitar em julgado a sentença favorável na ação de anulação.

(g) A opinião *g* parte da absurda noção de que o devedor, ao praticar atos juridicos representa os credores, de jeito que, se lhes causa prejuízo, deixa de representá-los. Não vale a pena perder-se tempo com tal extravagância, na qual não se deixa de revelar certa regressividade ao tempo em que o credor tinha direito à pele do devedor.

(h) A opinião *h* cai em circulo vicioso: o fundamento para que se considere nulo, por defeito de vontade, o ato jurídico em fraude dos credores, está no defeito de vontade. Exatamente o que se quer saber é por que é defeito de vontade a fraude ao credor.

Das críticas logo se conclui que a opinião verdadeira é a opinião *b,* mesmo porque perfeitamente se enquadra na teoria geral do direito. Fraude é o contrário a direito, indiretamente. A infração indireta da lei é fraude à lei. O *eventus* damni ao credor, por ato juridico com outrem, ou dirigido a outrem, infringe, indiretamente, dever. Numa e noutra espécie, a infração é indireta. Existe regra jurídica geral, revelada em diferentes regras jurídicas expressas, que proibe fraudar-se a lei, a credores e a terceiros. Tal regra varia de pressupostos conforme as espécies; e a técnica juridica adota sanções diferentes. A diferença de sanção pode aparecer ainda quando se trate da mesma espécie; por exemplo, a fraude contra credores, que seja de alegar-se com ligação àfalência devido a ter sido em tempo de falência, tem como sanção a revogabilidade, ao passo que, fora daí, a sanção é a anulabilidade.

4. Eventus damni. A fraude aos credores é elemento *anulante* (noutros sistemas, simples revogação); portanto é erro dizerse que se infringe o direito de crédito: o *eventus damni* é, aí, apenas pressuposto da ação de anulação; não há ilicitude relativa, isto é, infração de dever de origem negocial, nem somente possível ilicitude absoluta: há defeito, presença de elemento inadequado no suporte fático, tal que vicia a *vox* do manifestante da vontade (art. 106), ou as manifestações de vontade dos figurantes, e faz nascer a ação de anulação. A concepção da revocatória é a de se permitir ao credor prejudicado que retire a *uox* do devedor, tornada apanhável pelo credor prejudicado; a concepção da anulatória é a de permitir que o credor prejudicado, alegando a fraude, peça a decretação de anulação. Temos a revocatória no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 53, 57 e 99. As regras jurídicas dos arts. 106 e 107, 108-113 são regras da mesma natureza que as dos arts. 86-91 (erro), 92-97 (dolo), 98-101 (coação), 102-105 (simulação): quem frauda credores quis, mas fraudando interesses que hão de ser satisfeitos pelo patrimônio do devedor, o estado de insolvência, já existente ou produzido pelo ato, faz defeituosa a vontade do devedor, ou, se o negócio jurídico foi oneroso, as vontades dos figurantes. Noutros lugares, a lei foi ainda mais enérgica no proibir atos jurídicos *(e.g.,* arts. 183, I-V, VII e VIII, 428, 1.132-1.134) ou de igual energia *(e.g.,* arts. 183, IX-XII, 235, 242).

A ação de anulação nasce ao titular do crédito prejudicado. Nesse sentido, o direito a pedir a anulação é acessório do direito de crédito. Se a pretensão, que desse se irradia, prescreve, prescreve a daquele (art. 167), ainda que se não haja atingido o dia final do prazo do art. 178, § 9ª, V, *b*.

§ 483. Fraude contra credores em direito romano

1. *Direito romano.* No direito clássico, havia a *restitutio in integrum,* com a *acho rescissoria* a favor do *bonorum emptor,* e o *interdictum Jraudatorium,* que se dava a qualquer credor Os interpoladores, Triboniano principalmente, tornaram quase inextricáveis os textos do Digesto e das Institutas (§ 6, 1., *de actionibus,* 4, 6), onde, a título

didático, ou não, se fez uma das mais famosas embrulhadas de regras jurídicas, em toda a história do direito romano: a *actio Pau bana* aparece como ação real, subindo a duas dezenas, pelo menos, as interpretações dadas, Ora, a ação pauliana do Digesto é pessoal (donde crer em erro das Institutas O. Fischer, *Anuendbarkeit der* actio Pauliana auf *Zahlung,* 2; contra V. Otto, *Die Anfechtung uon Rechtshandlungen, 4;* também, C. Appleton, *Histoire de Ia Compensation,* 47; sobre as múltiplas interpretações, A. O. Mankiewicz, 551

Beitrâge zur Lehre uon der actio Pauliana, 11 s.). Chegou-se, hoje, a algumas conclusões seguras, de ordem histórico-exegética.

Na **L.** 38, 4, D., *de usuris et fructibus,* 22, 1, Paulo refere-se *à actio Pauliana,* pela qual se revoga o que foi alienado em fraude de credores (per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur). Na L. 69

(67), D., *ad senatus consultum Trebeilianum,* 36, 1, e na L. 96, *pr.,* D., *de solutionibus et liberationibus,* 46, 3, há resquicios de *interdictum fraudatorium,* que então não tinha esse nome. Os romanistas tentaram dar explicações da duplicidade, uns acentuando o problema histórico, outros o exegético, outros o de construção.

Na L. 1, pr., D., *quae in fraudem creditorum facta surit ut restituantur,* 42, 8, Ulpiano informa que o Pretor disse: "Pelo que se houver feito com causa de fraudação, *darei* ação contra o que não houver ignorado a fraude, ao curador dos bens, *ou àquele a quem conuier dar a ação sobre essa matéria,* dentro do ano em que tiver havido poder para exercitá-la. E o mesmo também observarei contra o mesmo que comeTeil a fraude." O

que está em letra grifa é interpolação justinianéia. Na L. 10, *pr.,* o Pretor disse, segundo Ulpiano, que o que Lúcio Tício fez, *fraudandi causa,* sabendo-o tu, nos bens de que se trata, restituirás a eles, se cabe a ação segundo o Edicto. As interpolações pontilham os dois textos, dos quais, aqui, só nos interessa a notícia (cf. O.

Lenel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners, *Fest gabe fúr* A. S. Schultze, 5 s.).

Havia, repetimos, o *interdictum fraudatorium* (L. 10, *pr.)* e a *restituto in integrum,* — não a *actio Pauliana* tal como está na L. 38, 4. A restituição só se dava ao *curator bonorum;* o interdito competia a qualquer credor (cf.

O. Lenel, *Das Edictum perpetuum,* 3ª ed., 435 s. e 495 **5.;** 5. Solazzi, *La Reuoca degli atti fraudolenti nel diritto romano,* 23, 39 e 61; Paul Jõrs-W. Kunkel, *Rômisches Privatrecht,* 3ª ed., 263 s.). No período justinianeu, os dois principios fundiram-se, com a *actio Pauliana,* sem se alcançar rigidez de construção, que pudesse apresentar a fraude contra credores como algo de definitivamente elaborado. Por outro lado, exagerou-se, depois, o lado processualistico, em prejuizo da teoria da fraude à lei, no plano do direito material.

Se o direito justinianeu, com a confusão dos textos e a despeito dela, conservou os dois remédios juridicos, a que corresponderiam pretensões diferentes, é questão histórico-exegética insolvida: na L. 1, C., *de revocandis his quae per fraudem alienata sunt,* 7, 75, há referência à *usitatae actiones,* mas o *interdictum* não era *actio* (Cujácio pensou em ligar *usitatis actionibus* a *bonis eius excussis, Opera,* III, 192, mas àquele tempo a execução não era por ações, e sim pelo processo da *bonorum venditio).* Entendeu O. Karlowa *(Rõmische Rechtsgeschichte,* II, 1.405) que apenas se aludia às duas direções subjetivas da ação justinianéia: a propositura contra os participes da fraude e a propositura contra o adquirente a título gratuito, abstraindo-se do seu conhecimento da insolvência, *scientia mentione detracta.* A L. 24, *pr.,* D., *de obrigationibus et actionibus,* 44, 7 (Pompônio), supõe a unicidade de ação e de remédio (após a fusão); e tem certo valor, se bem que contenha interpolações bem desajeitadas.

Quanto à *realidade,* que o § 6, 1., *de actionibus,* 4, 6, empresta à ação revocatória, os compiladores cometeram grave erro, porque entenderam pôr a ação no lugar de alguma que se achava em lista antiga, provavelmente a *acho restitutoria.*

Por onde bem se vê que a construção da ação anulatória por fraude contra credores e a da própria revocatória falencial têm de abstrair da discussão em torno do direito romano, tanto mais quanto, se a revocatória lembra a velha ação, a anulatória foi desconhecida do próprio direito justinianeu.

2. *Eficácia* dos *remédios.* A eficácia da *restitutio in integrum* era, por definição, quanto ao que tinha de ser restituído. Quanto ao *interdictum fraudatorium* e à ação pauliana, surge a questão de quanto se havia de pretender e para quem: respeito a esse ponto, a restituição não era à massa (sem razão, O. Lenel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners, *Festgabe fOr* A. S. Schultze, 16; *Das Edictum perpetuum,*

34 ed., 497 s., para o qual devia o credor-autor, se ainda não havia curador, provocar-lhe a nomeação; com razão objeta 5. Solazzi, *La Revoca degli atti fraudolenti,* II, 65 s., que seria absurdo: o interdito só se impetrava após a *venditio bonorum),* e sim a quem impetrava o interdito, que ficava com a *portio,* nascendo ação contra ele pelos outros credores (ainda não permitido o litisconsórcio), se desde o inicio não foi escolhido *cognitor.* Sugeriram ,J. v. Schey (Zur Geschichte der *actio Pau bana* und des *interdictum fraudatonum, Zeitschnift fOr Rechtsgeschichte,* 13, 150) e V. Otto *(Die Anfechtunq von Rechtshandlungen,* 151) que o Pretor exigiria caução prévia ao credor-autor, o que não é de repelir-se, mas aonde a prova de tal exigibilidade?

Quanto à ação dos outros credores contra o credor-autor, poderia ter sido a *actio negotiorum qestorum* direta, a *actio negotiorum gestorum utilis,* ou *actio in factum* (à semelhança da *actio* da L. 9, *pr.,* D., *de rebus* 551

auctoritate iudicis possidendis seu vendundis, 42, 5, opinião de S. Solazzi, *La Revoca degli atti fraudolenti,* 3ª

ed., 69). Afastemos a *actio mandati* e a *actio negotiorum* direta, bem assim a actio *in factum,* que só se referia ao que possuía o que era de outrem, e quanto a frutos.

No direito justinianeu, reconhece-se ao magistrado atribuir as ações (L. 1. *pr.,* D., *quae in fraudem creditorum facta sunt et restituantur,* 42, 8, *verbis* "val ei cui de ea re actionem dare oportebit", que foi interpolação) e havia o litisconsórcio. A ação pauliana apanhava o que era necessário á satisfação de todos os credores.

3. *Partilha.* Quanto à parte que caberia a cada credor, pensaram: na proporção com os créditos, Th. Reinhart *(Die Anfechtungsklage wegen Verkorzung der Glaubiger,* 129), 1 J. E. Zúrcher *(Dia* Actio Pauliana, 35), O.

Fischer *(Anwendbarkeit der* Actio Pauliana, 8) e V. Otto *(Dia Anfechtung* uon *Rechtshandlungen,* 151); na partilha *per capita* (3. v. Schey, *Zur Geschichte der* actio Pauliana, *Zeitschrift fOr Rechtsgeschichte,* 13, 150; contraditório, E. Huschke, Publius Rutilius Rufus, *Zeitschrift for Civilrecht und Prozess,* 14, 41 e 76), o que foi sem base. Se o réu não restituia, tinha de prestar todo o valor do restituível, não só o que interessasse ao autor (sem razão, O. Lenel, *Das Edictum perpetuum,* 34

ed., 498), se bem que esse pudesse somente pedir o que o prejudicou.

§ 484. Fraude contra credores, problema de técnica legislativa

1. *Problema de técnica legislativa.* O tratamento dos atos jurídicos dos devedores, que lhes diminuam o patrimônio, foi, sempre, delicado problema de técnica legislativa. Consideram-se tais atos juridicos contrários a direito, atos jurídicos com *fraus;* teve-se de criar sanção, que partisse de serem eles inexistentes, ou existentes e nulos, ou existentes e revogáveis, ou existentes e anuláveis. De um lado, tinha-se de atender a que os devedores, somente por ser insuficiente o patrimônio deles, não poderiam ser privados do poder de dispor; por outro lado, tinha-se de resguardar o interesse dos credores que já o eram ao tempo da disposição. Nos primeiros tempos, não se sentia tão premente o problema, porque a execução *pessoal* iria apanhar o devedor fraudante. Mas já o Pretor se pusera o problema, não sem duplicidade de direções, com a posterior fusão justinianéia.

Veremos que, nos nossos dias, a ação deixou de ser ligada ao ato ilícito absoluto, para se prender a ato ilicito invalidante. Tiveram-se de distinguir o anulável, em que o terceiro é consciente da fraude, *conscius fraudis,* e o anulável em que o terceiro não teve ciência da fraude. Não há pensar-se em ressarcimento do dano (art. 159); nem em restituição do enriquecimento injustificado (arts. 964-97 1), mesmo porque pode ter havido causa para o terceiro adquirir.

2. *Natureza da* ação. Para bem compreendermos a exposição que se vai seguir, é preciso atendermos a que ações e remédios se sucederam, no tempo, mudando de pressupostos e de natureza. Em vez *a)* da inexistência do ato juridico, por *fraus,* ou *b)* da existência e nulidade, ou *c)* da existência e revogabilidade, ou *d)* da existência e ineficácia relativa, sanção, semelhante e precursora da que se tem no art. 52 do Decreto-Lei nº

7.661, de 21 de junho de 1945, em matéria falencial, o Código Civil e o Código Comercial têm *e)* a anulatória, embora o direito falencial haja conservado a sanção c).

3. *Revocatária falencial.* O sistema juridico brasileiro tratou à parte a ação por fraude aos credores, se aberta a falência. Cumpre, porém, de início, distinguirem-se as regras jurídicas do art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que supõem ineficácia relativa de disposição por parte do insolvente sujeito à decretação de falência, regras juridicas que nada têm com o *consilium fraudis* e com a *scientia fraudis,* e as regras jurídicas dos arts. 53-58 do Decreto-Lei nº 7.661. A sentença de abertura da falência fixa, se possível, o termo legal da falência *(dies a quo),* designando a data em que se tenha caracterizado esse estado, não podendo ser de mais de sessenta dias, contados do primeiro protesto por falta de pagamento, ou do despacho ao requerimento inicial de falência, ou da distribuição do pedido de concordata preventiva (Decreto-Lei nº 7.661, art. 14,111). O art. 52 diz que não produzem *efeitos relativamente à massa* os atos jurídicos que ele enumera.

A regra jurídica é sobre ineficácia, e não sobre inexistência, ou sobre invalidade. Não há indisponibilidade 551

pelo insolvente; há ineficácia relativa. Os atos atingidos não são nulos, nem anuláveis; são relativamente ineficazes.

Quanto à revocatória falencial dos arts. 53-58 (art. 99) do Decreto-Lei nº 7.661, atinge ela quaisquer atos jurídicos, que fraudem credores, desde que haja *consilium fraudis e scientia fraudis.* Há, pois, grande diferença entre os pressupostos da ação dos arts, 106-113 do Código Civil e os da ação revocatória do direito falencial; mais: entre a ação revocatória do direito falencial e a ação de anulação dos arts. 1.024-1.026 do Código de Processo Civil, que se hão de entender remissivos ao direito civil. Os atos jurídicos a que se referem os arts. 1.024-1.026 do Código de Processo Civil são anuláveis, como os dos arts. 106-113 do Código Civil; os dos arts. 53-58 (art. 99) do Decreto-Lei nº 7.661, não: são revogáveis. As sentenças do art. 768 do Código de Processo Civil são muitas, — ora de decretação de nulidade, ora de decretação de anulação. As dos arts. 106-113 do Código Civil são sempre de anulação. As sentenças, nas ações dos arts. 87-98 do Decreto-Lei nº 7.661, são diferentes.

4. *Pendência de ação executiva.* Os embargos de terceiro (Código de Processo Civil, arts. 1.046-1.054) podem ser opostos na execução, porém o direito brasileiro não tem os embargos de terceiro revocatórios ou anulatórios do direito sardo, a *opposizione revocatoria.*

É certo que nasceram tais embargos de se ter sentido necessidade de dar ao credor prejudicado meio expedito para evitar que se levasse a cabo a execução. Verdade é, porém, que temos coisa nossa. O credor prejudicado, no direito brasileiro, continua com a sua ação de anulação por fraude contra credores, ainda que sobrevenha sentença condenatória contra os figurantes do negócio jurídico fraudulento, ou, até, execução. Tem ele de propor a sua ação, à parte, que nada tem com a eficácia da sentença de condenação *(ex hypothesi,* não foi julgada a matéria da fraude), nem, sequer, com a cognição adiantada em ação executiva do art. 585 do Código de Processo Civil, nem com a eficácia do despacho na ação *iudica ti.* Para evitar que a execução se ultime, tem o credor de embargar ou suscitar o concurso de credores, onde se pode discutir a fraude contra credores (Código de Processo Civil, art. 768: a disputa entre credores poderá versar sobre a "nulidade, simulação, fraude, ou falsidade de dívidas e contratos, texto em que nulidade está por "nulidade ou anulabilidade"). Aberto o concurso de credores, pode ser alegada, discutida e julgada a matéria da fraude contra credores (Código de Processo Civil, art. 768). Quando se empresta a tal impugnação o caráter de embargos de terceiro, ou de oposição de terceiro, confundem-se institutos diversíssimos. A ação é de anulação; é a mesma ação dos arts. 106-113, subordinada a exigências processuais do concurso de credores, ganhando celeridade e perdendo em prazo de propositura, que passa a ser preclusivo (Código de Processo Civil, art. 768). Quanto aos credores retardatários, não pode haver essa abreviação processual; a ação contra os seus créditos é a ordinária. Se há falência, e não se julgou antes, a despeito de ação de condenação, a matéria da fraude contra credores, nem se renunciou à ação de anulação ou de revogação, nada obsta a que se exerça, satisfeitos, para isso, os respectivos pressupostos.

5. *O art. 1.586 do Código Civil.* No direito romano, os credores do herdeiro não podiam ir contra o herdeiro que não adia àherança. Prejuízo podia surgir aos credores, porém o direito romano não os tutelava, nem, sequer, contra a adição de herança endividada (a L. 1, § 2, D., *de separationibus,* 42, 6, negou a *separatio* aos credores do herdeiro). Faltava o elemento *scientia fraudis* por parte do *outro* figurante (P. Bonfante, *Corso,* VI, 358). No art. 1.586 (cf. art. 1.590, 2ª parte), diz-se que, se o herdeiro prejudica os seus credores, repudiando a herança, podem eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante. Não se falou em anulação, nem em revogação; mas em aceitação em nome do renunciante. Nem se quis limitar a ação dos credores à"retratação" segundo o art. 1.590, 1ª

parte, por meio de ação sub-rogatória. O art. 1.586 não se referiu à anulação (Código Civil francês, art. 788: *annulée),* nem à revogação (Código Civil argentino, art.

3.351: "Los acreedores dei renunciante de una fecha anterior á la renuncia, y toda persona interesada, pueden demandar la revocación de la renuncia que se ha hecho em perjuicio de ellos, á fin de hacerse autorizar para ejercer los derechos sucesorios dei renunciante hasta la concurrencia de lo que les es debido"), ou a impugnação (Código Civil italiano, art. 524). Não basta dizer-se que se trata de ação *sui generis;* velha escapatória às discussões (e.g., E Puglia, *DeII'Azione pauliana,* 101 **5.;** A. Grouber, *De l'Action pauiienne,* 224), nem que se deu contaminação da ação revocatória com a sub-rogatória (o que sustenta O. Venzi, nota a Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni,* IV, 5ª ed., 506). Entendem alguns que se trata de revogação (e.g., A. Maierini, *Deita Revoca degli atti fraudolenti,* 137; A. Cicu, *L'Obbligazione nel patrimonio deI debitore,* 61 **5.;** P.

Mallet, *Renonciation à la succession,* 170; Luigi Cosattini, *La Revoca degli atti fraudolenti,* 20, contra a expressão do art. 524 do novo Código Civil italiano); outros, de sub-rogatória. Não se trata de "revogação" por fraude aos credores, tem-se dito, porque falta o elemento *consilium fraudis:* pode não existir, se bem que o juiz possa examinar os motivos que o renunciante teve para renunciar *(e.g.,* herdar de pessoa de que era inimigo, 551

ou cuja herança lhe repugnaria, como se o decujo era o amante do seu cônjuge).

A renúncia à herança é declaração de vontade; e verdadeira renúncia: a herança veio ao herdeiro; esse dela se despoja. O art. 459 do Código Civil italiano, que diz "l"eredità si acquista con laccettazione" e

"l"effetto della accettazione risale aí momento nel quale si ê aperta la successione", entra no rol das regras jurídicas regressivas, inevitáveis em estrutura jurídica envenenada de passado em reação. Salva-a um pouco dizer-se que a abertura de sucessão atribui direito patrimonial à aceitação; porém não é isso, de modo nenhum, o que ocorre no direito brasileiro (art. 1.572). Renunciando, o credor afasta do patrimônio direito que adquiriu.

O legislador podia conceber a ação do art. 1.586 como de revogação; podia, ainda, considerar a renúncia ou o negócio jurídico a titulo gratuito como atacável pela ação dos arts. 106-113, porém seria

preciso que concorressem os pressupostos do art. 106 ou do art. 107. O art. 1.586 representa, hoje, facilitação, em caso de renúncia; portanto, regra juridica distinta do art. 106. O negócio jurídico oneroso, em que se prometa renunciar, pode ser atacado com base no art. 107; porém é sempre mais expedito o caminho do art. 1.586, ao renunciar à herança o devedor.

O art. 1.586 não fala de *desconstituição* da renúncia. Mas renúncia houve, e havia de se desconstituir. A autorização judicial, a que a lei se refere, supõe a desconstituição da renúncia, como primeiro momento. Há, portanto, ou decisão revocatória, ou anulatória. Se revogação, é espécie *nova* da velha ação revocatória justinianéia; se anulatória, o art. 1.586 explicita espécie do art. 106. A opinião que a tinha por aplicação especial da ação sub-rogatória tem de ser repelida, diante do art. 1.572 (ainda há alguns anos, O. Pacchioni, *Deile Obbiigazioni in generale,* 119 s.).

O ataque é ao suporte fático: o juiz considera o ato do credor como criador de défice ao suporte fático da renúncia e a sua decisão é integrativa desse ato, simples homologação, razão por que a ação que caberia contra a sua decisão seria a do art. 486 do Código de Processo Civil, e não a do art. 485 (ação rescisória de sentença).

§ 485. Eventus damni (pressuposto necessário)

1. *Direito romano.* O nome *eventus damni* é pós-clássico, porque todos os textos, em que aparece, foram interpolados (cf. G. Beseler, *Beitrâge,* II, 72, e III, 113). Discutiu-se se a insolvência haveria de ser considerada como o não *poder* solver, ou como o *não ter ativo* que possa cobrir o passivo, isto é, *a)* cessação do pagamento, ou *b)* estado de ter de cessar algum pagamento (insuficiência do patrimônio). Como em *a,* E.

Huschl□e (Publius Rutilius Rufus, Zeitschrift *fúr Civilrecht und Prozess,* 14, 38 s., 71 s.) e P. Grútzmann *(Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Glàubiqer,* 13 s**.):** como em *b),* E Schulz (Die fraudatorische Freílassung, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung,* 48, 214). O problema, no direito clássico, era já sem interesse, devido à *banorum venditio* e suas particularidades processuais. No direito justinianeu, a medida constritiva é para satisfação do credor, e não para coerção do

devedor. Sem a insolvência, alegada e provada, não há ação pauliana. Há de ter existido a insolvência, e continuar; a ação toca a qualquer credor, *dentre* os *anteriores,* que reste, insatisfeito (L. 10, § 6-8, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8, textos cheios de interpolações e substituições de palavras). Credores posteriores são ilegitimados: quando lhes nasceu o crédito, o patrimônio já estava diminuído; ou quando se deu o fato jurídico (não só negócio jurídico), já o défice existia. Não importava se era ilíquido.

2. *Credores anteriores.* 2E preciso que tenha nascido a divida, ou que tenham nascido a dívida e a pretensão, ou que tenham nascido dívida, pretensão e ação? Na L. 16, 2, D., *qui et a quibus manumissi liberi non fiunt et ad legem Aeliam Sentiam,* 40, 9, a Paulo atribui-se ter dito que, em caso de fraude contra credores, se chamam credores aqueles a quem, por qualquer causa, compete ação contra o fraudador: "credítores autem appellantur, quíbus quacumque ex causa actio cum fraudatore competat". Ressalta o erro de definição: em vez de se dizer que tinham os remédios contra fraude os credores a cujos créditos já houvesse nascido ação; definiu-se credor aquele a quem ação já tivesse nascido. Na L. 42, § 1, D., *de obligationibus et actionibus,* 44, 7, dá-se o mesmo. A interpolação é evidente: nem Paulo (cp. L. 55, D., *de verborum significatione,* 50, 16), nem Ulpiano (L. 10, D., 50, 16), nem Caio (L. 11, D., 50, 16), nem Marcelo (L. 66, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17), diriam isso, a despeito das interpolações e retoques também sofridos por esses textos (cf. O.Beseler, *Tijdschrift voor Rechtsgeschieden is,* VIII, 326). O ponto sensível do problema está nos negócios jurídicos 551

condicionais e a termo. Quanto à *restitu tio in integrum,* seria sem sentido. Quanto ao *interdictum,* nem os credores em caso de condição nem os credores em caso de termo inicial podiam pensar em obter a *missio in bona.* Na L. 6, *pr.,* D., *quibus ex causis in* possessio *nem eatur,* 42, *4,* Paulo diz que: "ln possessionem mitti solet creditor et si sub condicione ei pecunia promissa sit", o que em português nos dá: "O credor pode ser metido em posse ainda que haja prometido dinheiro sob condição", mas na L. 14, § 2, está escrito como de Paulo: "Creditor autem condicionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere." O que aqui nos interessa é distinguirmos o direito clássico, quanto ao interdito, e o direito justínianeu, quanto à ação pauliana. Naquele, tudo faz crer-se na exclusão dos créditos sob condição, quanto àlegitimação ativa (L. 50, *pr.,* D., *de peculio,* 15, 1, que é de Papiniano, e L. 7, §§ 14 e 15, D., *quibus ex causis in possessionem eatur,* 42, 4, que são de Ulpiano). No

direito justinianeu, desaparece a distinção, discutindo-se, porém, se podia ser intentada a ação pendente à condição, ou antes do termo, ou se se tinha de esperar o momento. Em verdade, a esses credores e aos credores a termo negava-se a legitimação, mas podiam ser favorecidos pela revogação. Se o devedor solve a dívida ao credor, o único que seria prejudicado com a fraude, ação já não há. Se foi pago o credor e o *eventus damni* continua, a ação não desapareceu; idem, se com o dinheiro dos mesmos credores se pagou algum credor anterior. Quando a L. 10, § 1, disse que a *revocatio* cabia se, com o dinheiro dos novos credores, pagou àqueles o que quisera fraudar, a lição de Marcelo foi perfeita e corresponde ao princípio clássico sobre privilégios (Ulpiano, L. 2, D., *de cessione bonorum,* 42, 3:

"Nas ações pessoais, os que em verdade contrataram depois, mas para que seu dinheiro fora aos credores anteriores, sucedem no lugar desses"; cf. L. 24, § 3, D., *de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendundis,* 42, 5, e L. 1, § 11, D., *de exercitoria actione,* 14, 1). A *distinctio* que se faz na L. 10, § 1, e 5. Solazzi *(La Revoca degli atti fraudolenti,* 6 e 21) atribui aos compiladores justinianeus, já estava, *a contrario sensu,* na proposição de Marcelo. As mudanças no patrimônio que não tenham a consequência de serem incluídas no art.

106, ou no art. 107, estão fora de qualquer alcance da sanção de anulabilidade. Aliás, assim era no direito romano, repelida a interpretação de G. Beseler *(Beitrâge,* III, 103) que nega autenticidade à passagem da L. 6, *pr.,* D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8. Se a alienação não foi gratuita, mas o preço foi abaixo do valor, algo, como se diria em direito romano, se subtraiu à *missio in bana* dos credores. Se, após a prática do ato, ou dos atos em fraude dos credores, o devedor adquire bens que o tirem da insolvência *(e.g.,* recebe herança), mas recai em insolvência, dentro do prazo para a anulação, continua anulável o ato, porque foi o ato causa de insatisfação e continua de o ser (P. Grútzmann, *Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Nonkursglàubiger,* 28). Se, no momento de se fazerem pagar os credores, ainda não prescreveu a ação de anulação, podem propôla, porque o que importa é o ter sido fraudulento o ato, ao tempo em que se praticou, e *ainda* diminuir o patrimônio, causando ou agravando insolvência, ao tempo da propositura.

Há de existir a insolvência à data do ato jurídico, ou dele provir (Corte de Apelação de São Paulo, 14 de fevereiro de 1936, *RT* 102/685). "Dele provir" significa que ele, por si, determina que o passivo exceda o ativo.

§ 486. *Consilium fraudis?*

1. *Interpretação do Código Civil, arts. 106-112.* Fala-se, nos arts. 106-112, em insolvência; se bem que ao instituto se chame "fraude contra credores" (Seção V, Da fraude contra credores), nenhuma vez se alude à intenção, ao *consilium fraudis,* que, junto ao *eventus damni,* o fato de causar dano eram pressupostos da ação justinianéia (L. 4, § 19, D., *de fideicommissariis liberta tibus,* 40, 5: "si consilium et eventus fuerit fraudatorum creditorum"; L. 15, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8: "... exigimus et consilium et eventum" L.79, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17: "Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventus dumtaxat, sed ex consílio quoque desideratur"; *aliter,* pelo menos, quanto à fraude à lei, conforme já expusemos). Pretendeu G. Beseler que os juristas clássicos não hajam usado a palavra *consilium,* no sentido de intenção; mas a questão continua obscura, à parte a de existir no direito clássico a exigência do elemento subjetivo no *fraudator.* A despeito das afirmativas, entre outras de 5. Solazzi *(La Revoca degli Atti fraudolen ti,* 1, 3ª ed., 141 s.), não vemos como se possa encontrar tal elemento, se não nos deixamos impressionar com o sentido moderno de *fraude* e a regra interpretativa da L. 79, D., *de diversis regulis iuris antiqui,* 50, 17, que é de Papiniano e não podia, por exemplo, servir à Lex Aelia Sentia, e em 551

verdade estava ele a comentar a Lex lulia e a Lex Papia, o que não permitia a generalização do Digesto.

Fraudar era ofender, contrariamente a direito, ou, pelo menos, a moral. Os pós-clássicos insinuaram o elemento subjetivo e os glosadores como que exultavam com essa oportunidade de descida à alma, tanto mais quanto na L. 7, § 5, D., *quibus ex causis in possessionem eatur,* 42, 4, aparece *animus.* Ora, na L. 15, D., 42, 8, já basta o saber-se insolvente o que dispôs.

No direito comum discutia-se se era suficiente que se conhecesse a insolvência, ou se era preciso que se conhecesse o dano (cf. V. Otto, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen,* 102; P. Grútzmann, *Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgláubiger,* 37 s.; H. Dernburg, *Das Pfandrecht,* 1, 199). Mas a Lei 10, § 1, 42, 8, não permite tal ilação; o que se exigia era o nexo causal entre o ato do *fraudator* e o dano.

Tampouco se pode admitir que o devedor tivesse de conhecer quais os credores (sem razão, A. Otto, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen,* 143 s.**;** decisiva a explicação de P. Grutzmann, 19 e 40 s., àL. 10, § 1, e à L. 15, mostrando a exatidão dos textos).

A ação revocatória falencial apanha todos os atos jurídicos com intenção *(consilium fraudis)* de prejudicar os credores, se o outro figurante o sabia *(scientia fraudis).* No direito falencial, não se abstraiu do *consilium fraudis.* E preciso, além disso, que o ato jurídico do devedor haja prejudicado, objetivamente, aos credores,

imediata ou mediatamente (e.g., deixou o devedor de vender, para servir a outrem, *retirando* a oferta feita, se o que foi com isso beneficiado conhecia a fraude). Não é necessário que o único móvel do ato jurídico tenha sido causar prejuízo, para que se componha o *consilium fraudis.* Nem basta ao devedor, se há *eventus damni* alegar que não lhe restava outro caminho que praticar o ato. O ônus de alegar e provar o *consilium fraudis* e a *scientia fraudis* compete ao que propôe a ação revocatória.

(Alguns julgados confundem *consilium fraudis,* propósito de fraude, ou intento de fraudar, com acordo, talvez por confundirem *consilium* e *concilium,* união; *e.g.,* voto vencido na 35 Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 11 de agosto de 1949, á 31/399, acórdãos da 45 Câmara da Corte de Apelação de São Paulo a 13 de novembro de 1935, *RT* 107/544, da 2ª Câmara, a 4 de março de 1941, 136/190, e da 2ª Turma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 22 de março de 1950, *RT,JES* **V,** 165. Outros aludem à presunção de má-fé do fraudador; *e.g.,* Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte, 30 de junho de 1941, *RT* 136/777.) 2.O *Código Civil, arts. 106 e 107.* Uma vez que o direito brasileiro, nos arts. 106 e 107, abstraiu do *consilium fraudis,* fraude há, se há insolvência, *eventus damni,* e, nas espécies do art. 107, *scientia fraudis* (cf. 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 13 de janeiro de 1950, *RF* 132/500).

§ 487. Scientia fraudis?

1. *Direito romano.* O que adquiria ao *fraudator* havia de conhecer a

fraude, para que contra ele pudesse ir a ação revocatória (L. 1, *pr.,* D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8: "cum eo, qui fraudem non ignoravit"; L. 10, *pr.: sciente te).* Bastava a ciência pelo tutor, ou curador (L. 10, § 5, texto de Ulpiano, estropiado, com tempos de verbo em discordância, scit *e ignoravit;* e a inadmissível ciência pelo pupilo, em que Ulpiano não havia de pensar, cf. L. 3, D., *quod falso tutore auctore gesturn esse dicatur,* 27, 6; sobre a verdadeira interpretação da L. 10, § 5, em que o negócio jurídico foi feito pelo pupilo, com a *auctoritas* do tutor, C. Brezzo, *La Revoca degli atti fraudolenti,* 159; sem razão: 3. 3. E. Zúrcher, *Die* Actio Pauliana, 38; O. Schónemann, *Die Paulianische Niage,* 38, V. Otto, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen,* 126; P. Grútzmann, *Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgldubiger,* 65, que viam o ato praticado pelo tutor, sem atenderem a que então, a ação não ia contra o tutor). A ação ia contra o menor, que negociou com a *auctoritas,* mas é de duvidar-se de ter sido assim nos tempos clássicos (sem razão, 5. Solazzi, *La Revoca,* 1, 154, que admitia total responsabilidade, sem pensar, sequer, em limitação ao enriquecimento injustifícado). A ciência era, em qualquer caso, da insolvência do *fraudatar* (L. 6, §§ 7 e 11, D., 42, 8). Os juristas entendiam, porém, que seria ciência do *consilium fraudis* (Franke, Ujber di Zulãssigkeit der *actio pau liana, Archiv,* 16, 126; Laspeyres, Uber Anfechtung von Zahlung mit der actio Pauliana, *Archiu fíir die civilistische* Praxis, 21, 38; Th. Reinhart, *Die Anfechtunqklage wegen Verkúrzung der Glàubiger,* 108 **5.;** J. J.

E. Zúrcher, *Die* Actio Pauliana, 30; H. Hasenbalg, *Zur Lehre von der* Actio Pauliana, 74 s.; V. Otto, *Die* 551

Anfechtung von Rechtshandlungen, 74 **5.;** Beliavite, *L'Azione pauliana dei diritto romano,* 8). Absolutamente falso (cf. L. 6, §§ 7 e 8). Bastava saber achar-se insolvente o devedor; então, é *conscius et fraudem participans* (L. 10, § 2), houve *conscientia fraudis* (L. 10, § 4). As expressões *consilium fraudis participasse* (L. 96, *pr.,* D., *de solutionibus et liberationibus,* 46, 3) e *debitorem fraudandi cepisse consi Ii um* foram interpoladas.

2. *Direito brasileiro,* Diz o art. 106: "Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de divida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos (art. 109)." Ai, evidentemente, se abstrai do *consilium fraudis,* no sentido exato de intenção, e da *scientia fraudis,* por parte daquele a quem se transmite, gratuitamente, ou a quem se remete a dívida. No art. 107,

não: se é certo que se continua de abstrair do *consilium fraudis,* exige-se a notoriedade do fato de insolvência (= ciência por todos), ou, pelo menos, do outro figurante: "Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória ou houver motivo para ser conhecida do outro contraente." A *scientia fraudis* só épressuposto necessário, em se tratando de espécie do art. 107; ao art. 106 é completamente estranha. Ocupemo-nos, portanto, somente do art. 107. O

art. 106 lembra o *interdictum fraudatorium;* o art. 107, a *restitutio in integrum;* mas já vimos a que ponto se levou o desrespeito justinianeu ao comentário de Ulpiano sobre o edicto da restituição *in integrum* e a que mistura se chegou com os dois textos. Não se diga que o art. 106 lembra a *actio in factum,* em vez de lembrar a *actio pau bana,* — tese falsa de J. v. Schey (Zur Geschichte der *actio Pau liana* und des *interdictum fraudatorium, Zeitschrift for Rechtsgeschichte,* 13, 166; recentemente, Biagio Brugi, *Istituzioni,* 3ª ed., 439); porque a *actio Pauliana* era a *actio in factum* (cedo, H. E. Claasen, *Uber den .Schutz des Glàubigers,* 21).

Não basta saber que o devedor tem outra dívida, ou algumas dividas, ou muitas dividas. E preciso que saiba estar insolvente: *scientia fraudis* é ciência da insolvabilidade (L. 10, §§ 2 e 4, D., *quae in fraudem creditorun-i facta sunt ut restituantur,* 42, 8), ciência, portanto, de ser nocivo aos credores o ato do fraudador Nem precisa saber quais os credores do devedor, nem quantos: a L. 10, § 8, há de entender-se ligado o seu pensamento aos dos §§ 6 e 7, de modo que, se o figurante conhece a insolvabilidade, pode ignorar todos credores.

§ 488. Natureza dos remédios romanos

1. *Condenatoriedade.* Para o direito romano, a *fraus creditorum* era ato ilícito; por isso cabia restituir-se, *ressarcir-se.* Não se pense em ação constitutiva negativa como a dos arts. 106-113; o ataque é no plano penalístico (depois, no dos atos ilícitos civis), ou no plano fático (subtração de vox, revogação); pense-se em algo como a ação do art. 1.181. A ação dos arts. 106-113 é constitutiva negativa, com forte dose executiva: o que se tem por fito é executar o que a *fraus creditorum* subtrairia à execução.

2. *Restituição.* No direito romano, o adquirente era condenado a restituir, a retransferir os direitos reais, inclusive as ações que lhe nasceram (L. 14); se o réu recebera pagamento antecipado, devia restituir o *commodum medji temporis* (L. 10, § 12, e L. 17, § 2). Se o fraudador renunciara ao grau da hipoteca, a L. 2

permitia a reinstalação no grau. Restituir e considerar-se sem efeito o pagamento, entregando-se.

§ 489. Credores anteriores ao ato fraudulento

1. *Princípio da anterioridade do crédito.* O crédito — não a pretensão, ou a ação — precisa ter nascido antes do ato de disposição. E o *princípio da anterioridade do crédito.* Procurou-se, *de iure condendo,* destruir-se o principio, alegando-se que os sistemas jurídicos tiveram de abrir exceções, ou que a fraude pode ser prévia, como se o devedor preordena à fraude certos atos *(e.g.,* assume dívidas que o tornem insolvável antes de assumir a divida com outrem); e o Código Civil italiano, art. 2.901, art. 1), 2ª parte, admitiu a ação revocatória de atos anteriores ao crédito *(verbis* "trattandosi di atto anteriore aí sorgere deI credito, l"atto fosse dolosamente preordinato aí fine di pregiudicarne il soddisf acimento"). Mas o art. 106, parágrafo único, é explícito: "Só os credores, que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação"; e o art. 52 do 551

Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, de modo nenhum é exceção ao princípio: ali só se estabelece ineficácia relativa, e não revogabilidade, nem, tampouco, anulabilidade.

O crédito há de já existir quando ocorre o ato de disposição. Pode ser iliquido; pode depender de liquidação judicial. Se o termo inicial é somente para a eficácia pretensional, ou acional, ou de exceção, já existindo crédito, não há dúvida quanto a estar satisfeito o pressuposto da anterioridade do crédito, Se a condição ou termo é para surgir o crédito mesmo, nºdeve-se, por força do art. 123, admitir a anulação a favor do crédito já prefigurado? Se a condição é suspensiva, duas correntes surgiram, pela anulabilidade e pela não-anulabilidade do ato de disposição. Contra a anulabilidade ou revogabilidade, C. Erezzo *(La Revoca degli atti fraudolenti,* 139), V. Andrioli, *L'Azione revocatoria,* 76 s.) e D. Rubino *(La Fattispecie e gli effetti giuridici preliminari,* 463). A invocação do art. 121 não seria

bastante: anulação de ato de disposição não é medida conservativa. De modo que o problema é de se saber se a condição é para o crédito *nascer,* ou para *nascer* a pretensão, ação ou exceção. Pela anulabilidade, ou revogabilidade, A. Maierini *(Deila Revoca degli atti fraudolen ti,* 331 5.; nota de G. Giorgi à Q ed., 345), A. Butera *(Dell'Azione pauliana,* 495 s.) e L. Cosattini *(La Revoca degli atti fraudolenti,* 107 s.).

Se alguém se vinculou ao nascimento de crédito, *e.g.,* "prestaria as mensalidades *a, b, c x",* é preciso distinguir-se se o vínculo importa em direito unitário, ou não. Se importa, as prestações são devidas como correspondentes a pretensões que nascem; se não há o direito unitário, não há crédito (direito), que possa ter por si a ação de anulação contra os atos de disposição. A diferença ressalta quanto ao crédito da renda constituída e o crédito por alimentos. O ato de disposição antes de serem devidos os alimentos periódicos é fora da incidência dos arts. 106 e 107.

Se o aceitante da letra de câmbio ou o emitente da nota promissória praticara, antes, o ato jurídico de que resultou a insolvência, ou com o aceite, ou emissão, se tornou insolvente, ou praticou o ato jurídico em fraude antes dos endossos ou avais, os endossantes e avalistas não podem arguir a fraude, por não se acharem entre os credores anteriores (4e Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 22 de julho de 1936, *RT* 104/249 e 106/238).

2. *Direito concursal simples e falencial.* No direito falencial, tem-se pretendido que o princípio da anterioridade do crédito não exista, porque, sendo a anulação em proveito da massa, aproveita a créditos posteriores (G. Bonelli, *Dei Fallimento,* 1, 3ª ed., 857 s.; A. Cicu, *L'Obbligazione nel patrimonio dei debitore,* 108 e 78). Há evidente confusão entre pressuposto da ação de anulação e eficácia da sentença anulatória: os créditos posteriores não dão aos seus titulares legitimação, se vai ser aberto (art. 113); se já está aberto o concurso de credores, ou a falência, pelo princípio de *par condicio creditorum,* a todos aproveita. No concurso de credores, é de discutir-se se o credor *posterior* pode alegar a fraude *contra* outros credores (os anteriores); bem assim, na falência. O art. 55 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, diz que "a ação revocatória deve ser proposta pelo síndico, mas, se o não for dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à data da publicação do aviso a que se refere o art. 114 e seu parágrafo, *também* poderá ser proposta por qualquer credor". No art. 99

do Decreto-Lei ne 7.661 dá-se legitimação para as ações por fraude descoberta, após o prazo preclusivo do art.

55, ao síndico ou qualquer credor admitido. A questão está, portanto, em se saber se o credor por crédito posterior à fraude é legitimado ativo, *materialmente,* à ação de revogação, declarada a falência. Quanto ao concurso de credores não-falencial, o art. 1.555 do Código Civil diz que a discussão entre credores pode versar sobre a fraude; de modo que, a respeito dessa ação embutida no processo concursal, a questão é a mesma. Os argumentos a favor da legitimação ativa, de direito material, são o de que a defesa ou tutela jurídica individual se transforma, ai, em defesa ou tutela coletiva, e o de que, sendo no interesse da massa a eficácia da ação e, pois, da sentença, na ação revocatória ou na ação de anulação, seria absurdo distinguirem-se credores anteriores e credores postenores ao ato fraudulento. Alguns põem em relevo, na sustentação, a natureza orgânica da massa, ou da empresa comercial, ou do patrimônio insolvente. Outros remontam ao direito romano, para se sublinhar ser bastante que um, pelo menos, dos credores padicipantes da execução seja ofendido pelo ato fraudulento (L. 10, § 6, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8: "...

et si unus creditor sit ex illis, qui fraudati sunt, sive solus tunc fuit sive, cum ceteris satisfactum est, hic solus remansit, probandum esse adhuc actioni fore locum", texto que se referia ao *interdictum* e no qual se substituiu *interdicto* por *actioni* e *revocari* substituiu *interdici).* O art. 113 não bastaria para se afirmar a legitimação ativa, em direito material, do credor posterior, porque nele apenas se destina a vantagem ao concurso de credores que se vá abrir. Se o concurso já está aberto, a discussão é dentro do processo, segundo o art. 1.555

(Código de Processo Civil, art. 768). Nem, tampouco, o art. 55 ou o art. 99 do Decreto-Lei nº 7.661. Antes da abertura do concurso ou da falência, a ação anulatória ou a ação revocatória somente pode ser proposta pelo titular de crédito anterior ao fato fraudulento. Di-lo, claramente, o art. 106, parágrafo único. A legitimação ativa do síndico, na falência, é legitimação de direito processual; os credores, por créditos anteriores ou 551

posteriores ao ato fraudulento, somente podem propô-la em lugar do síndico, se esse não cumpre o seu dever, ou se entende que não houve fraude. No concurso de credores, o titular de crédito anterior ou posterior ao ato fraudulento é legitimado ativo processual porque são os credores, e não cada um deles, que têm a titularidade do direito à anulação — o que merece atenção. No direito falencial, a substituição

processual, que se criou a

"qualquer" credor (Decreto-Lei nº 7.661, arts. 55 e 99), foi sugestão das legislações falenciais sueca e portuguesa; porém está implícita no art. 768 do Código de Processo Civil. O síndico representa a massa; os credores, se se esgota o prazo preclusivo do art. 54 (art. 55), ou se ocorrem os pressupostos do art. 99, substituem, processualmente, o síndico (afastado, radical-mente, que o síndico represente o falido, ou que os credores nas ações anulatórias revocatórias, concursais, o representem). A respeito de eficácia sentencial, a ação anulatória do art. 106 ou do art. 107, como a do art. 768 do Código de Processo Civil, ou as revocatórias dos arts. 53-58 e 99 do Decreto-Lei nº 7.661, é de restituição ao patrimônio do devedor, que pode já estar, quanto àação do art. 106 ou do art. 107, em concurso, ou necessariamente já está, nas outras espécies.

A ação anulatória do art. 768 do Código de Processo Civil é entre credores do insolvente, cujos créditos se apresentem ou constem da lista de credores. As ações dos ads. 53-58 e 99 do Decreto-Lei nº 7.661 são entre síndico e credores do falido e entre síndico ou credores do falido e terceiros. De modo que o art. 768 de maneira nenhuma concerne à ação de anulação contra terceiro, isto é, contra quem foi beneficiado e não é figurante, nem no quer ser, do concurso de credores.

Quando o ato fraudulento é anterior a qualquer dos créditos admitidos a concurso, se, *de fure condendo,* se pode entender que o concurso de credores ou a falência os torne anuláveis, ou revogáveis, ou, até, que o sejam, no plano do direito civil, antes da abertura do concurso, não é de admitir-se, *de iure condito,* que o sejam. Mas a dificuldade de se provar a fraude contra credores, anterior a todos os créditos, principalmente a *scientia fraudis,* no caso do art. 107, ainda *de fure condendo,* sugere que se evite inserir nas leis regra jurídica da classe do art. 2.901, 1, **2ª** parte, do Código Civil italiano. Para os atos jurídicos anteriores a qualquer crédito, há, no direito falencial, a ineficácia relativa com base no art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661.

A ação do art. 768 do Código Civil (anulatória concursal) dirige-se a quaisquer créditos, ainda que tenham garantia real (Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 11 de outubro de 1939, *RT* 124/215). Bem assim, a ação revocatória falencial.

§ 490. Atos jurídicos anuláveis pela fraude contra credores

1. *Direito romano.* O ato jurídico atingido pelo *interdictum fraudatorium,* exercível também contra o insciente da fraude, era contra o que atribuísse gratuitamente e o que diminuísse o patrimônio sem ter sido gratuito; se bem tenhamos dúvida quanto àexpressão *ex lucrativo titulo,* na Constituição de Diocleciano (L. 5, C., *de revocandis bis quae per fraudem alienata sunt,* 7, 75), que pode ser interpolação. Doações, dotes, remissões de dívida renúncia à garantia pignoratícia, pagamento antecipado (L. 10, § 12, e 17, § 2), *confessio in iure* (L. 1, §

7, D., *si quid in fraudem patroni factum sit,* 38, 5), inclusive omissões do fraudador (L. 3, § 1), que importassem em perda do direito, estavam incluídas.

As omissões de adquirir eram fora do alcance da ação pauliana (L. 6, pr.; L. 28, *pr.,* D., *de verborum significatione,* 50, 16; L. 134, *pr.,* D., *de diversis regulis juris anticjui,* 50, 17); de modo que podia o devedor, incolumemente, deixar de implir a condição para adquirir (L. 6, § 1), repudiar a herança (L. 6, §§2, 3 e 5), renunciar ao legado (L. 6, § *4)* e não aceitar a liberalidade (L. 1, § 6, D., *si quid in fraudem patroni factum sit,* 38, 5). Idem, quanto à derrelicção (L. 5) e *ao pactum de non petendo* (L. 1, § 2). Bem assim, quanto à assunção de obrigação (L. 3, *pr.).*

Se o devedor pagava dívida vencida, o direito romano clássico não admitia ação contra o ato, por fraude.

Juliano (L. 6, § 7) mostrou a razão: o credor satisfeito foi vigilante para si, *sibi vigilavit* (cp. Cévola, na L. 24, *in fine:* "fui vigilante, fiz melhor minha condição, o direito civil está escrito para os que vigiam, por isso não se revoga, tampouco, o que recebi"; Agostinho Barbosa, *Tractatus varii,* 1, axioma 227, nº 1). Ora, não tendo o direito romano o princípio da igualdade entre os credores, cada um podia ser satisfeito (= não havia *fraus).* A Labeão (L. 6, § 6) já se devia outra justificação: quem recebe o que é seu não frauda; nem frauda quem paga o que deve e por isso podia sofrer execução. Juristas modernos (E. Huschke, Publius Rutilius Rufus, *Zeitschrift fúr Civilrecht und Prozess,* 14, 32; J. J. E. Zúrcher, *Die* Actio Pauliana, 9; O. Schõnemann, *Die Paulianische* 551

KIage, 21) quiseram achar-lhe base na definição de patrimônio (L. 39,

§ 1, D., *de verborum significatione,* 50, 16), porém a questão nada tem com a relação entre ativo e passivo, e sim com as relações entre os credores; ou em não estar em *consilium fraudis* quem paga o que deve (A. Maierini, *De lia Revoca degli atti fraudolen ti,* 3ª

ed., 198). Após a *missio in bona,* os credores tornavam-se iguais (Juliano); o direito justinianeu (Triboniano) permitiu a revogação dos pagamentos ao titular do crédito vencido, se houve *scientia fraudis* (L. 25, §§ 1 e 3).

A evolução continuou até que o direito moderno criou o *dever do devedor de se declarar insolvente.* Se o devedor pagou créditos não vencidos, respondia o credor pelo interusúrio e expunha-se à ação pauliana (ainda não podia ser constrito pelo crédito, Franlk, Uber die Zulássigkeit der *actio Pauliana, Archiv fúr die civilistische Praxis,* 16, 266; podia não estar de boa-fé, V. Otto, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen,* 205).

Se havia condição suspensiva, ou termo, alguns entendiam que só se tinha direito ao interusúrio, se realizada após a missio *in bona,* e à revogação total, se antes dela *(e.g.,* Franke, 16, 269); outros sustentavam a revogabilidade em todos os casos, *(e.g.,* A. G.Mankiewicz, *Beitràge zur Lehre von der* actio Pauliana, 51); outros viam na retroeficácia da condição exclusão da ação (J. 3. E. Zúrcher, *Die* Actio Pauliana, 22 **5.;** O.

Fischer, *Anwendbarkeit der* Actio Pauliana, 32 s.). Quanto ao pagamento das obrigações naturais, pela revogabilidade Franke (16, 269), E. Huschke (14, 32), J. 3. E. Zúrcher (23 s.) e E. Serafini *(Delia Revoca degli atti fraudolen ti,* II, 145 s.); pela irrevogabilidade, Th. Reinhart *(Die Anfechtungsklage wegen X/erkúrzung der Glaubiger,* 122), A. G. Mankiewicz (50 s.), V. Otto *(Die Anfechtung von Rechthandlungen,* 77 s.), A. Maierini *(Delia Revoca degli atti fraudolenti,* 207 s.); pela irrevogabilidade dos pagamentos das obrigações naturais compensáveis, O. Fischer (34 s.). A verdadeira solução é a seguinte: pela incolumidade, o direito clássico (L.

10 e L. 20), se genuínos os textos; no direito justinianeu, tendência a admitir-se a revogação, a despeito de princípios sobreviventes. Quanto à dação em soluto, pela revogabilidade, Franke (16, 262 s.), Laspeyres (21, 71 s.), E. Meischeider *(Die preussische Gesetzgebung Ober das Anfechtungsrecht der Glâubiger,* 75 s.), O.

Schõnemann *(Die Paulianische Riage,* 25 s.), G. Mankiewicz (53 s.), V. Otto (79), P.Grútzmann *(Das Anfechtungsrecht der benachteiligten*

Konkursglàubiger, 55 s.), A. Hennig *(Die Anfechtbarkeit der* Datio in solutum, 33 s.), R. Rômer *(Die Leistung an Zahlungsstatt,* 149 s.), H. Steiner *(Datio in solutum,* 154), A.

Maierini (208 s.), E. Serafini (II, 146 **5.);** pela irrevogabilidade, Th. Reinhart (125 s.), J. J.E. Zúrcher (15 s.), Struckmann (Uber die Anfechtbarkeit der *datio in solutum, Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* 12, 277 s.), O.

Fischer (37 s.), Czerlinsky *(Zur Lehre von den \/oraussetzungen der* actio pauliana, 35), Belíavite *(L'Azione pauliana,* 32 s.), C. Brezzo *(La Revoca degli atti fraudolen ti,* 475 s.). Em verdade, a solução não pode ser encontrada nos textos, a despeito dos esforços empregados, de modo que os princípios gerais do direito romano poderiam responder à questão. Não se pode negar o valor de argumento de Struckmann, ao distinguir a *da tio in solutum* um só negócio jurídico e a *datio in solutum* negócio jurídico misto com a doação; sem o *negotium mixtum cum donatione* não se poderia pensar em *eventus damni.* Mas é discutível essa busca aos princípios da *condictio indebiti* (cf. H. Steiner, *Da tio in solutum,* 177). Contra a distinção de Struckmann alega-se que o *negotium mixtum cum donatione* era incindivel; sem razão, porque tal incindibilidade não operaria contra terceiros, em caso de fraude. Quanto à constituição de penhor, pela revogabilidade, E.

Meischeider (80), E. Huschke (Publius Rutilius Rufus, *Zeitschrift fúr Civilrecht und Prozess,* 14, 34 s.), Th.

Reinhart (122 s.), H. Hasenbalg *(Zur Lebre von der* Actio Pauliana, 55 s.), A. G. Mankiewicz (52 s.),V. Otto (78 s,), E Grtitzmann (56 s.), A. Maierini (209 s.), C. Brezzo (519 s.) e E. Serafini (11, 151 **5.);** pela irrevogabilidade, J. J. E. Zúrcher (17 s.), O. Fischer (59 s.) e Belíavite (40 s.). A L. 6, § 6, a L. 10, § 13, e a L.

22 mostram que a opinião corrente, a primeira, é a certa. A L. 10, § 13, que seria decisiva no sentido contrário, foi assaz discutida desde Cujácio, tendo alguns negado que se referisse ao assunto e outros considerado ininteligível o texto. Parece que a razão está com O. Lenel *(Palingenesia iuris civilis,* 1, 1884; *Das Edictum perpetuum,* 3ª ed., 497): Paulo apenas negara interdito ao titular do direito de penhor Mas a interpolação é tal que não se pode ter certeza sobre o texto primitivo. O direito clássico negava que se atacasse a constituição de penhor, se já vencido o crédito *(vetus creditum* estaria no texto por crédito vencido, cf. E. Serafini, II, 153).

Quanto aos débitos contemporâneos, a constituição de penhor teria a

sorte do crédito. No direito justinianeu, viu-se que a constituição do penhor é *plus,* razão por que alguns autores não exigem a *scientia fraudis* (Th.

Reinhart, 24; H. Hasenba!g, 81 **5.;** W. Francke, Verkúrzte Gláubiger und spãtere Besitzer der Verkúrzungshalber verâusserten Sachen, *Archiv ftir die civilistische Praxis,* 62, 485 **5.;** A. D. **Weber,** *Beitróge,* 78 s., contra, exigindo a participação na fraude, A. G. Mankiewicz, 52s.; O. Fischer, 64 **5.;** A.

Maierini, 211 s., quiçá o próprio Franke, 16, 127 s.). Se o penhor foi dado a crédito sob condição, a eficácia, sendo apenas futura, afasta a revogação, se por outra razão não se torna revogável a constituição de penhor.

Tratando-se de obrigação natural, a sorte da constituição de penhor seria a mesma que a sorte do pagamento.

551

2. *Direito brasileiro.* O direito romano merecia a critica, que se lhe fez, de ter sido sem lógica, contra princípios gerais, em sustentar o princípio da irrevogabilidade da não-aquisição *(non fraudantur creditores, cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis deminuitur).* A propósito da herança legitima, difícil fora evitar-se a crítica. Porém o que impede que o patrimônio aumente, *ipso iure* ou não, por certo o diminui, a despeito da doutrina pretória.

A fraude contra credores pode dar-se a respeito de negócios jurídicos, não só de contratos, como disseram as leis de tipo francês, e de atos jurídicos *stricto sensu;* e a sanção é a mesma. Não de atos-fatos jurídicos.

3. *Dação em soluto.* O problema da anulabilidade da dação *in solutum* não é problema de exemplificação ou classificação de atos jurídicos atingíveis pela sanção anulatória, mas somente problema de verificação concreta de *eventus damni.* Se a dação em soluto diminuiu o patrimônio e dano houve, o ato jurídico é anulável; se diminuiu o patrimônio, porém dano não houve, não há anulabilidade; se não diminuiu o patrimônio, dano não pode ter havido e, pois, seria

absurdo pensar-se em anulação. Também anulabilidade não há se o bem, que em soluto se deu, não podia ser incluído no rol dos bens em concurso *(e.g.,* bem doado ao devedor para pagar a divida, porque aí a dação em soluto é *modus* da doação; serviço estranho ao ramo de atividade com que o devedor solve a dívida, como se escreve artigos para o jornal do credor; cf., quanto a serviço de transporte, V. Polacco, *Delia Dazione in pagamento,* 14 s., mas advertindo-se que, se os presta com os meios organizados da empresa, a dação é com elementos do patrimônio que há de servir às execuções futuras). Quem dá em soluto cumpre dever de solver, solve; mas há de haver a equivalência, pelo menos, entre o pagamento e a dação em soluto: se se dá mais, em soluto, do que se teria de pagar, pode haver fraude contra credores. Portanto, no que houve de *eventus damni,* a dação em soluto éanulável, satisfeitos os outros pressupostos, porque, no excesso, houve gratuidade. Não importa se a coisa dada foi bem imóvel, ou bem móvel, *stricto* sensu, ou se foi dinheiro; desde que tenha havido dação de *aliud,* em soluto, pode dar-se o excesso no que se deu, em relação ao que se deveria ter pago. Se devedor e credor entraram em acordo para que o pagamento fosse, no momento oportuno, substituído pela dação em soluto, tal acordo se trata como se trataria a *datio in solutum,* se há *eventus damni.* Resta saber-se se, para a atingibilidade da dação em soluto pela ação anulatória, é preciso que haja *scientia fraudis* por parte do credor a quem se solveu a dívida. Noutros termos, se se há de invocar o art. 107, ou se pode ser invocado o art. 106. Ora, a fundamentação da atingibilidade impõe, de si só, que se pense no art. 106. Aliás, a espécie não é única, — é uma das espécies de ação anulatória em que se distingue entre elemento do suporte fático *(e.g.,* novação). Se houve acordo sobre futura *da tio in solutum,* ou se houve novação, ou outra assunção de obrigação nova *(e.g.,* renovação de contrato de locação), o credor que exija o cumprimento está exposto a que se argua a fraude contra credores. O

eventus damni já se deu, com o contrato mesmo (sem razão, L. Cosattini, *Revoca degli atti fraudolen ti,* 164, que admite se trate de exceção, e não de ação, porque o *eventus damni* só se consumaria ao cumprir-se o novo negócio jurídico).

Na jurisprudência brasileira, houve acórdãos pela irrevogabilidade (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 27 de novembro de 1929, *RF* 54/167, cf. *RT* 68/199) e pela revogabilidade (Tribunal de Justiça de São Paulo, 7 de maio de 1931, *RT* 79/596, e 19 de dezembro de 1936, 106/668; 5ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de outubro de 1938, 118/701).

No direito falencial (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 52, II), se a dação em soluto é feita dentro do termo legal da falência, é relativamente ineficaz, ainda que cabível. Se foi feito, antes do termo legal da falência, acordo para dação em soluto, o art. 52,11, não incide, mas a ação revocatória é proponível.

Para que não se atenda ao acordo, é preciso a revocatória; porque não-seria ato do devedor a dação em soluto, mas já adimplemento do acordo (pagamento). A novação com promessa de dar em soluto, ao se cumprir, não importa dação em soluto, mas pagamento.

4. *A regra jurídica do art. 112 do Código Civil.* Se o ato jurídico foi a título oneroso, durante a insolvência, ou ainda, determinante dela, mas entra na classe dos atos jurídicos que seriam "negócios ordinários à manutenção do estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial do devedor", presumem-se de boa-fé e não são anuláveis, salvo se, além da *scientia fraudis* pelo que foi beneficiado, se lhe prova a má-fé. O art. 112 diz: "Presumemse, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis àmanutenção de estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial do devedor." Em verdade, o art. 112 foi tirado do art. 541, 1ª, do *Esbôço* de Teixeira de Freitas, mas não há de ser interpretado como pré-excludente da ação, dando-se às expressões 551

presumem-se de boa-fé e valem" o significado da presunção *iuris et de iure* e pré-exclusão da anulabilidade.

"Presume-se" está, aí, em sentido técnico, que é o de presunção meio de prova, que outra prova, mais forte, pode elidir. No Projeto de Coelho Rodrigues, art. 346, § 1ª, de que veio, com redação parecida com a que tem (art. 346: "Presumem-se, porém, de boa-fé e valem: § 1ª. Os negócios ordinários do devedor comerciante, agricultor, ou industrial, indispensáveis à manutenção do respectivo estabelecimento"), apareceu a referência intencional à presunção, que se há de entender *iuris tantum.* Não se afasta a possibilidade da prova em contrário (parecia afastá-la a P Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de junho de 1944, *RT*

151/625, porém essa não é a interpretação do julgado).

§ 491. Garantias reais

1. *Regra jurídica de prova.* Diz o art. 111: “Presumem-se fraudatórias dos direitos dos outros credores as garantias de dividas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor” A sugestão foi do *Esbâço* de Teixeira de Freitas, art. 540, 42, porém sem presunção, — apenas com explicitude de poder ser atingida pela ação anulatória a garantia real à dívida anterior, vencida ou não vencida. O art. 111 implicitamente o diz e explicitamente estabelece a presunção *iuris tantum* de que foi gratuito o *plus* de garantia ede que houve ciência de insolvência pelo credor *(scientia fraudis).* E isso o que se presume. O art. 111 não contém presunção *luris et de iure.* Por isso mesmo, é possível dar-se prova de que não houve algum pressuposto da anulabilidade pela fraude, isto é, de que o credor, nas espécies do art. 107, desconhecia a insolvência, ou de que não foi gratuita a dação da garantia (art. 106). A prova da inexistência de insolvência não é prova em contrário à presunção *iuris tantum,* mas, sim, de que o art. 111 não éinvocável. O art. 111 somente se pode invocar quando há insolvência (54 Cãmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de julho de 1938, *RT* 114/721, acórdão de conclusões verdadeiras e premissas falsas).

2. *Anulabilidade (arts. 111 e 113, parágrafo único, do Código Civil) e ineficácia relativa.* E preciso não se confundam a regra jurídica sobre prova (presunção *iuris tantum),* que há no art. 111, e a regra jurídica sobre *ineficácia relativa* da constituição de direitos reais de garantia e de direito de retenção, no termo legal da falência, ou nos quarenta dias anteriores à instauração do concurso de credores. O art. 823 disse: “São nulas, em benefício da massa, as hipotecas celebradas em garantia de débitos anteriores, nos 40 (quarenta) dias precedentes à declaração da quebra ou a instauração do concurso de preferência.” “Nulas”; leia-se: ineficazes”. O Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 52, III, substituiu a referência aos quarenta dias Qá antes o Decreto-Lei nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929, art. 55, art. 3) pela referência ao termo legal da falência: “Não produzem efeito relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores: III — a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal da falência; tratando-se de divida contraída antes desse termo, se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada.” Trata-se de ineficácia relativa, e não de nulidade, a despeito de à nulidade se aludir no art. 823. A ineficácia relativa não precisa de outra alegação e prova que a da

anterioridade da garantia, prevista pelo art. 823, retocado, hoje, pelo Decreto-Lei n0 7.661, art. 52, 111.

O Código Civil, art. 110, contém regra jurídica sobre ineficácia, e não sobre invalidade. E está cedo, porque pagamento é ato-fato jurídico.

O

art. 113, parágrafo único, estatui: "Se os atos revogados tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, anticrese, ou penhor, sua nulidade importará somente na anulação da preferência ajustada." A anulabilidade é, então, do *plus,* que se dá ao crédito, *ex hypothesi* não anulável por fraude contra credores. A regra jurídica é sobre não-contagiação, ao passo que é regra jurídica sobre prova a do art. 111: "Presumemse fraudatórias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor." Assim, provado, pela ineliminação da presunção *iuris tantum* do art.

111, que a "garantia" foi fraudulenta e provado, por essa presunção, que houve a *scientia fraudis,* a sentença de anulação somente apanha a garantia, — não se contagia à divida garantida. Se o pedido do autor articula que foi em fraude de credores o próprio ato jurídico cujo efeito (direito, pretensão, ação ou exceção) se garante, não há presunção do art. 111, no tocante a ele: há de prová-lo o autor e talvez ocorra, *in casu,* a 551

presunção contrária do art. 112. Julgou mal, aludindo, escusadamente, à principalidade do ato jurídico de que se irradiou o direito garantido, a 44 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 6 de agosto de 1942 *(RT*

140/164): se foi dado titulo cambiário para se reforçar o crédito, não há "garantia", no sentido dos ads. 111 e 113, parágrafo único; tem-se de articular a anulabilidade do titulo cambiário, se é *possível,* porque se trata de titulo abstrato, que a anulação do negócio jurídico subjacente não atinge, posto que, entre figurantes *em contacto,* possa ser alegada, como exceção.

Se a garantia é criada ao mesmo tempo que a dívida, pode dar-se que sejam anuláveis uma e outra, ou, até, somente a garantia, porém o art. 111 é ininvocável, pois nele só se cogita de *plus* ao crédito *antes* existente, e não daquela garantia que foi criada simultaneamente ao

crédito (22 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de abril de 1945, *RT* 156/664: "À espécie, portanto, não se aplica o disposto no art.

111, que considera fraudatórias dos direitos de outros credores as garantias de divida que o devedor insolvente tiver dado a algum credor. Esse preceito focaliza a hipótese da divida ser anterior à garantia. No caso, divida e garantia têm sua gênese no fato do devedor adquirir bem imóvel e não dispor, no momento, do numerário bastante para satisfazer o preço ajustado"). Se o crédito mesmo foi fraudulento é outra questão; sendo ele fraudulento e concomitantemente dada a garantia, a fraude é comum aos dois negócios jurídicos. Se a dívida é anterior à garantia, não importa, para a invocabilidade do art. 111, que já esteja vencida, ou não, a dívida, ou seja condicional, ou a termo, porque, em qualquer das espécies, há *plus.*

A confusão de "invalidade" com "ineficácia" levou alguns tribunais a afirmativas lamentáveis; e.g., a 22

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de fevereiro de 1930 *(RT* 74/64), repetindo o que, a 14 de março de 1929, dissera a 12 Câmara (70/ 44), concluiu que "é válida, embora inscrita no periodo ou termo legal da falência, hipoteca constituída anteriormente à declaração de quebra e antes do seu período suspeito ou do seqúestro do imóvel dado em garantia". Deveria ter dito: "é eficaz"; porque tal hipoteca poderia ser revogável, ou anulável (arts. 106 e 107).

§ 492. Legitimação ativa

1. *Direito romano.* O *interdictum fraudatorium* competia a qualquer credor (K. A. Schmidt, *Das Interdiktenverfahren,* 309, sem razão, A. E Rudorff, (Jber die rutilische Concursordnung, *Zeitschrift fúr Rechtsgeschichte,* VIII, 78). A *restitutio in integram* competia ao *curator bonorum,* antes da *bonorum venditio;* a *adio rescissoria* nasceria do bom êxito da restituição em inteiro.

No direito justinianeu (L. 1, *pr.,* D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8), a ação competia ao *curator bonorum,* que —

já então (talvez antes, C. Ferrini, *Opere,* III, 317) — guardava, administrava e liquidava o patrimônio; e aos credores. Aliás já o mesmo se dava quanto ao *interdictum.* Os herdeiros do credor tinham a legitimação ativa (a L. 10, § 25, refere-se à *actio in id quod pervenit* do § 24, mas temos que *haec actio* do § 25 se refere ao interdito e, no direito justinianeu, à *actio;* por outro lado, a ação Pauliana passava aos herdeiros, evidentemente)

2. *Direito brasileiro.* A anulação por fraude contra credores é a sanção contra o ato jurídico que prejudica os titulares de crédito. Para se saber quais são os sujeitos ativos da ação de anulação, com base no art. 106, ou com base no art. 107, é preciso determinar-se quem é pessoa cuja situação jurídica, pelo ato do devedor, possa ser desfavoravelmente modificada. Naturalmente não se há de confundir o sujeito da ação de anulação, com base no art. 106, ou no art. 107 (legitimação material), com o sujeito do juízo da anulação (legitimação processual). Quem é credor, abstraindo-se de qualquer garantia real, que apenas lhe serviria para satisfação privilegiada, se é prejudicado com o ato do devedor, previsto no art. 106, ou no art. 107, é titular da ação de anulação, de que se trata nos ads. 106-113. A anulação é sanção com que se lhe tutela o direito de crédito.

Tudo se há de passar entre devedor e credor, no sentido estrito; razão por que a titularidade de outros direitos patrimoniais que não sejam créditos não legitima, em direito material, para a invocação dos arts. 106-113. Se, além de ser credor, tem a pessoa garantia real, que seja suficiente para se lhe satisfazer o crédito, claro é que tal pessoa não sofreu dano: quanto a ela, faltaria, *ex hypothesi,* o pressuposto do *eventus damni.*

Também no plano do direito falencial, a ação revocatória somente toca aos credores, (Decreto-Lei nº

7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 53-58), porquanto, ainda a respeito da função do síndico, se tem de entender que ele age para os credores prejudicados com o ato fraudulento.

3. *Credores por perdas e danos, nas ações reais.* Se alguém tem contra outro figurante, ou terceiro, ação real e, para impedir a execução, por indenização, o figurante ou terceiro *constitui* relação jurídica que o torne insolvente, ou lhe agrave a insolvência, o autor não há de ser repelido por ser titular de direito real, e não credor quirografário. E como titular de crédito não-privilegiado que ele propõe a ação. O exemplo mais prestante é o do que propôs ação de reivindicação, tendo-se tornado impossível a restituição da coisa, e — ao ser exigido o equivalente (crédito quirografário) — encontra insolvente ou em situação agravada de insolvência o réu. O que aí se tutela com a ação de anulação, fundada no art. 106, ou no art. 107, é o crédito, se bem que por indenização de não-restituição de coisa; e não o direito real. Por isso mesmo, a ação de anulação por fraude contra credores continua, ainda aí, pessoal. Erro seria conceder-se a ação de anulação, fundada no art. 106, ou no art. 107, por ter o devedor hipotecário, ou anticrético, dado servidão sobre o prédio hipotecado, ou anticretizado; porque a ação do credor hipotecário, ou anticrético, é, aí, a ação negatória (= ação declaratória negativa de que é titular o sujeito ativo de direito real), a que talvez se cumule a ação executiva do credor hipotecário. O prazo prescricional conta-se do dia que o que teria de prestar perdas e danos praticou o ato do art. 106, ou do art. 107.

4. *Terceiros.* No sistema juridico brasileiro, a anulabilidade por fraude aos credores é sanção a favor dos credores, e seus sucessores, podendo ser exercida pelo representante. Se bem que se tenham posto todas as regras jurídicas sobre fraude contra credores no capítulo sobre os defeitos dos atos jurídicos, portanto no plano da validade dos atos jurídicos, ainda exsurge a referência àretirada da voz, à revogação, no art. 113, parágrafo único *(verbis* "atos revogados"). Não se menospreze a diferença entre a concepção da ação revocatória e a da ação de anulação: o credor não retira a voz do devedor, que procurou empiorar a situação do credor, fazendo escapar à eventual execução forçada os bens do seu patrimônio; o credor vai contra o ato jurídico, visto por dentro do mundo jurídico, e não no mundo fático, onde está a *voz,* elemento, que é, do suporte fático. A despeito da expressão que ainda persiste no art. 113, parágrafo único, não temos mais, no direito civil, a revogação do ato jurídico em fraude dos credores,— temos a anulação. Tal ação de anulação de modo nenhum se confunde com a ação de anulação por simulação, se não se quis o que aparece e se quis algo diferente (arts.

102-105). No sistema jurídico brasileiro, há a anulabilidade, em

direito civil (arts. 106-113) e comercial, e a revocatória falencial (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, ads. 53-58). Num e noutro ramo do direito, trata-se de regras de direito material. A *ratio legis* é a de dar ao credor, que pode ser prejudicado com o ato do devedor insolvente, arma contra o ato jurídico mesmo, ou contra o suporte fático de que provém. A solução dos arts. 106-113 é no sentido de se atacar o ato jurídico, como inválido, e não o suporte fático. O

ataque ao suporte fático, pela retirada da *vox,* deriva do direito romano.

Só o credor, não o terceiro, não credor, ainda que prejudicado, pode pedir a anulação dos atos jurídicos fraudulentos. O art. 106, parágrafo único, explicita que "só os credores, que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação". Se bem que sotoposta ao art. 106, a regra jurídica do parágrafo único concerne a qualquer anulação por fraude, trate-se de ato jurídico a titulo gratuito, ou de remissão de dívida (art. 106), quer de ato jurídico oneroso (art. 107). É o *princípio da legitimação pela anterioridade.* Se, ao contrair a obrigação, ou ao alienar a com o que se fez insolvente, por dever a B, o devedor faz-se devedor a D, D não é legitimado à ação de anulação por fraude contra credores, embora o seja B. A sub-rogação (ads. 985-990) transfere ao credor a ação de anulação por fraude de contracredores que tinha o credor primitivo (C.

Brezzo, *La Revoca degli atti fraudolenti,* 128; E. Naguet, De *l'Action paulienne,* 191; sem razão, Cunha Gonçalves, *Tratado,* V, 787).

5. *Cessionários.* Também são legitimados, materialmente, à ação de anulação por fraude contra credores os cessionários do credor, incluídos os cessionários dos comuneiros, quanto à partilha ou àdivisão consumada com fraude aos credores, se ainda não houve a notificação do art. 1.069, porque até esse momento o cedente é devedor do cessionário e a sua participação no processo divisório é como devedor ao cessionário do objeto da cessão. Quanto à partilha, o prazo para a propositura é o do art. 178, § 6ª, V, e não o do art. 178, § 9% V, *b.* A solução que aí se dá independe da consulta à doutrina francesa e em torno dos outros códigos civis de tipo napoleônico, mas à doutrina francesa deve-se ter revelado a regra jurídica concernente aos cessionários, ao interpretar o art. 822 do Código Civil francês, — razão por que édestituída de fundamento a opinião de Lino Salis *(La Comunione,* no *Trattato* de E Vassali, IV, 2, 209, nota; certo, E 5.

Bianchi, *Corso,* IX, III, 1.093 s.).

No direito brasileiro, os credores do comuneiro, inclusive os cessionários, se ainda não sucederam (se, perante 551

os outros comuneiros, ainda não é eficaz a cessão), podem pedir a anulação da partilha por fraude contra credores (art. 1.805, *verbis* "pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os atos jurídicos").

6. *Síndico.* No art. 99, diz o Decreto-Lei nº 7.661: "O síndico ou qualquer credor admitido pode, até o encerramento da falência, pedir a exclusão, outra classificação, ou simples retificação de quaisquer créditos nos casos de descoberta de falsidade, dolo, simulação, fraude, erro essencial ou de documentos ignorados na época do julgamento do crédito." No parágrafo único: "Esse pedido obedecerá ao processo ordinário, cabendo da sentença o recurso de apelação." Há, aí, feixe de ações, de modo que apenas se redigiu regra geral de legitimação para o síndico e, fora do art. 53, para qualquer credor. Discute-se se o síndico, em tais espécies, ématerialmente legitimado, ou só processualmente (representando os credores); mas o síndico representa apenas os credores, ao exercer tais ações declaratórias de inexistência ou de ineficácia, ou constitutivas negativas (de nulidade, de anulação), ou de retificação (mandamental). Tem-se de afastar a opinião de que o curador seja legitimado materialmente: a falência tem por fim a satisfação dos credores, no concurso, que é via executiva; ele representa, ainda que por força de lei (representação legal), os credores, — e aí serve a eles, inclusive contra o falido e falsos credores, ou contra credores que não devem figurar no concurso, ou não devem figurar como estavam figurando. No art. 12 do Código de Processo Civil diz-se: "Serão representados em juízo, ativa c passivamente: III —a massa falida, pelo síndico; IV — a herança, pelo inventariante, salvo quando dativo; a herança jacente ou vacante, por seu curador." Trata-se de representação legal; e não de titularidade de direitos, pretensões, ações e exceções.

O síndico representa os credores nas defesas, nas ações e execuções contra o devedor, quer o faça em integração de contestação, ou quer em embargos do devedor (Decreto-Lei nº 7.661, art. 57), quer em embargos de terceiro *(e.g.,* Decreto-Lei nº 7.661, art. 52).

7. *Credores concursais e falenciais.* O art. 57 legitima, ativamente, os

credores à defesa, na ação ou na execução, com a argúição de fraude contra credores concursais ou falenciais. O art. 57 confere legitimação como parte. Sucessores de credores são credores. Quem não é credor concursal ou falçncial pode, quando muito, litisconsorciar-se voluntariamente (Código de Processo Civil, art. 46, III) ou apresentar-se como assistente (Código de Processo Civil, art. 54). Tal defesa do credor — quer se trate de litisconsórcio em ação declarativa, ou constitutiva, quer em ação condenatória, ou mandamental, ou executiva — é em *contestação* ou em *embargos do devedor.* Não se trata de embargos de terceiro desconstitutivos (anulatórios, se foi aberto concurso, ou revocatórios, se foi aberta falência), mas de integração da contestação, ou dos embargos do devedor.

Por isso mesmo que o art. 57 do Decreto-Lei nº 7.661 somente deu legitimação como parte aos credores concursais ou falenciais, que não na têm, para, como réus, se defenderem nas ações propostas contra o devedor fraudador, tais credores — antes do concurso ou da falência — são terceiros. Como terceiros, podem esses *(a)* alegar a fraude contra terceiros (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil* de 1939, VI, 88), nos embargos de terceiro, bem assim *(b)* se não foram admitidos ao concurso, ou à falência, sem coisa julgada que negue ou desconstitua os seus créditos, ou *(c)* se alegam ineficácia relativa segundo o art. 52 do Decreto-Lei nº

7.661.

§ 493. Legitimação passiva

1. *Direito romano.* O *interdictum fraudatorium* não ia contra os herdeiros (L. 10, § 9, D., 42, 8); adotou-se interdito útil, em alguns casos (L, 10, §§ 10 e 11, no primeiro dos quais o *dicendum* de Ulpiano revela insegurança na proposição). No fundo, havia nessa exclusão da legitimação passiva do herdeiro resquício de

"penalismo" primitivo (a pena não havia de passar do delinquente, cf. E. Serafini, *Delia Revoca degli atti fraudolen ti,* II, 222; sem razão, a explicação de J. J. E. Zurcher, *Die* Actio Pauliana, 33). No direito justinianeu, a ação dirigia-se contra o fraudador. Certo, o insolvente

nada podia obviar à própria insolvência; porém a solução de J. v. Schey (Zur Geschichte der *actio Pau liana, Zeitschrift fOr Rechtsgeschicl-ite,* 13, 551

148) de só ser exigida a propositura da ação contra ele nos casos da L. 25, § 7, e da L. 10, § 24, é de afastar-se, porque se precisava da eficácia sentencial contra ele, *e.g.,* para a hipótese de vir a adquirir outro patrimônio. A ação justinianéia não só herdou as exceções de §§ 9 e 10 (P. Grútzmann, *Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursglàubiger,* 12); o § 25 generalizou a regra da hereditariedade passiva, limitada ao enriquecimento.

No direito romano, a ação ia contra o terceiro *sciens, conscius et fraudem participans,* e contra o terceiro mediato, que conhecia a insolvência ainda que não conhecesse a ciência pelo terceiro, mas era preciso que esse a tivesse tido. Portanto: era preciso que ele soubesse e que o outro, o anterior, houvesse sabido, ainda que o terceiro mediato ignorasse essa ciência. A esse resultado éque se chegou após as persistentes investigações de W. Francke ~Verkúrzte Glãubiger und spãtere Besitzer der VerkOrzungshalber verãusserten Sachen, *Archiu for die civilistische Praxis,* 42, 484) e P. Grútzmann, *(Die Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursglàubiger,* 77); sem razão, V. Otto *(Die Anfechtung von Rechtshandlungen,* 114) e C. Brezzo *(La Revoca degli atti fraudolen ti,* 145 s.), principalmente diante da L. 25, *pr.* (Venuleio).

Se duas ou mais pessoas tinham sido os figurantes do jurídico fraudulento, respondiam solidariamente (V. Otto, *Anfechtung von Rechtshandlungen,* 167; cf. L. 25, § 1).

2. *Direito brasileiro.* O devedor é sujeito passivo, necessário, da ação de anulação, quer nas espécies do art.

106, quer nas espécies do art. 107. Foi ele quem fraudou; ao outro figurante só se exige, nas espécies do art.

107, a *scientia fraudis.* O efeito sentencial é desconstituir o seu ato de disposição. Dá-se o mesmo quanto à anulatória em concurso de credores (Código de Processo Civil, art. 768) e quanto à revocatória falencial (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de fevereiro de 1945, arts. 53-58 e 99). Outro sujeito passivo, necessário, da ação de anulação por fraude contra credores, é aquele que se beneficiou com o ato de disposição. Sofre ele as consequências da anulabilidade do ato jurídico do devedor. E beneficiado todo aquele para o qual algum proveito

patrimonial resulta do ato de disposição do devedor, como efeito. Não precisa ser adquirente de propriedade, como poderia parecer, diante da expressão "transmissão" que se emprega no art. 106, ou da expressão "adquirente", que surge nos arts. 108 e 109. O que se fez credor é legitimado passivo. Também o é o que adquiriu algum direito, pretensão, ação ou exceção, ou se exonerou de algum dever, obrigação, ação, ou exceção, por ato de desistência ou renúncia do devedor. Na fraude contra credores, como na fraude à lei e na simulação, pode haver interposição de pessoa. Algumas vezes o devedor interpõe alguma pessoa para dificultar a prova da *scientia fraudis.*

3.

Legitimados passivos eventuais. A anulação pode ir contra o sub-adquirente (= adquirente ao adquirente), ou contra o credor do credor, ou contra o beneficiado pelo beneficiado, por ter havido, por parte dele, *scientia fraudis.* Já o beneficiado é terceiro, que a sentença de anulação atinge, talvez (art. 106) sem ter tido conhecimento da fraude. O adquirente pode transferir o bem, até que transite em julgado a sentença anulatória e se execute a sentença, ou até que se dê o registro, no registro de imóveis, da citação para a ação de anulação (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167,1, 21), ou até que se publique a sentença, irrecorrível ou irrecorrida, na ação de anulação, tratando-se de bem móvel, *lato sensu,* ou até que se dê o sequestro, com fundamento nos ads. 822-825, do Código de Processo Civil. Se o terceiro adquiriu, a titulo oneroso, a coisa, móvel ou imóvel, antes da eficácia *erga omnes* que resulta daquelas formas de publicidade, a transferência vale e é eficaz, salvo se houve simples interposição de pessoa, ou se por outra razão é atacável o novo negócio jurídico. Se o terceiro adquiriu a título gratuito antes daquelas medidas de publicidade, é atingível pela ação e deve ser citado. O art. 106 apanha a série inteira, se há, de adquirentes a título gratuito.

De modo que somente é incólume à ação de anulação o sub-adquirente a titulo oneroso, não ciente da fraude contra credores, Isto é, que não teve conhecimento de que o primeiro ato de disposição foi em fraude aos credores; não precisa conhecer a má-fé do que se beneficiou e transferiu (sem razão, G.G. Auletta, *evocatoria,* 140, nota 3). Se a aquisição foi posterior a qualquer daqueles atos de publicidade, é ineficaz: a ação anulatória alcança-a; não há, propriamente, legitimação passiva *na ação de anulação,* — há campo aberto ao autor da ação, pela ineficácia da aquisição.

A ação de anulação tem de ser proposta contra o devedor fraudador e o adquirente ou beneficiado; e contra os sub-adquirentes, ou sub-beneficiados, se os há, sem o que seria ineficaz contra eles a sentença (cf. 4ª

Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 16 de outubro de 1935, *RT* 106/214; 3ª Câmara, 30 de outubro de 1936, 106/552).

551

§ 494. O art. 106 do Código Civil e seu conteúdo

1. *Atos jurídicos unilaterais e bilaterais a título gratuito.* Os arts. 106-107 referem-se a *todos* os atos jurídicos com os quais se podem fraudar credores: a interpretação do art. 106 há de ser no sentido de que os atos jurídicos, nele referidos, e os referidos no art. 107 enchem o conjunto. Em consequência disso, o ato jurídico, com o qual se podem fraudar credores, se não cabe no art. 107, cabe no art. 106, e vice-versa. No art. 106 diz-se: "Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de divida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido àinsolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos (art. 109)." Não importa que se fale de transmissão gratuita. Deve-se ler como se estivesse escrito: "Os atos jurídicos a titulo gratuito e a remissão de dívida, quanto os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, podem ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos." O art. 107 refere-se aos atos jurídicos onerosos. Os conceitos de gratuidade e de onerosidade são assaz importantes para se saber se, para a anulação, não se exige ou se exige o pressuposto da *scientia fraudis.*

Pretendeu-se ver na regra jurídica do art. 106 presunção *iuris et de iure* da má-fé, por parte do adquirente «3.

Mirabelli, *Dei Diritto dei tergi,* II, 260 s.), ou de negligência (G. Boneili, *Dei Fallimento,* 1, 3ª ed., 846). Se poderia ter base histórica, hoje de modo nenhum se há de pensar em presunção, quer de má-fé, quer de

negligência. Nem se há de pensar em causa ilícita (sem razão, E. Carnelutti, *Sistema,* II, 413), porque se poderia objetar falta de culpa (aliás, o conceito de causa que o autor citado urdiu é de todo artificial), ou de motivo ilicito. O art. 106 fala de credores quirografários; de modo que os outros credores estariam excluidos da legitimação ativa, no tocante à ação do art. 106. Tal seria a solução romana; porém devemos interpretar o art. 106 como se dissesse: "pelos credores quirografários; ou pelos credores com garantia real, no que o crédito exceda ao valor da coisa dada em garantia, ou pelos privilegiados, se lhes dá prejuizo" (cf. A.Maieriní, *La Revoca degli atti fraudolenti,* 322 **5.;** C. Brezzo, *La Revoca degli atti fraudolen ti,* 135 **5.;** A. Butera, *Dell'Azione pauliana,* 503; V. Andrioli, *L'Azione revocatoria,* 80 s. e 135 s.). Os direitos reais de garantia dão ao crédito mais intensa atuação sobre o patrimônio, razão por que a fraude contra credores não os atinge; porém o crédito mesmo pode ser prejudicado, ou porque a garantia real não seja para todo ele, ou porque, embora para todo ele, não baste. Na doutrina, encontram-se opiniões sobre ter o credor hipotecário ação anulatória por fraude contra credores (arts. 106-113), se o devedor aliena o prédio hipotecado *(e.g., G.* Satta, Atti fraudolenti in danno dei creditori, *Enciclopedia Giuridica Italiana,* 1, V, nº 110). Mas a confusão é ressaltante. A ação seria a ação real, pela ineficácia do ato de alienação para atingir a hipoteca: ou o adquirente do imóvel solve a dívida, ou recebe o imóvel com a hipoteca (cf. ads. 766 e 815). Estranhe-se que Martin Wolff *(Lehrbuch,* III, 27ª-32ª ed., § 135, nota 11, *in une,* 482) tivesse caído no mesmo erro, por não precisar que estava pensando em bens móveis compreendidos na hipoteca. O titular do direito hipotecário tem a ação confessória, a de indenização por dano (e.g., demolição ou deterioração da casa, venda de partes integrantes, ou acessões, segundo o art. 811). Se foi inserto no negócio jurídico da hipoteca o *pactum de fundo non alienando,* ou o *pactum de non amplius pignorando (hypothecando),* ou se foram insedos os dois *(pactum de fundo non alienando seu non amplius pignorando),* a ação, que tem o credor hipotecário, contra o devedor que aliena, ou faz outra hipoteca, é a ação pessoal por infração de obrigação de não fazer. Não se lhe pode conferir eficácia *real.*

2. *Pré-exclusão do pressuposto do* consilium fraudis. No Código Civil, ads. 106-113, não se aludiu ao *consilium fraudis.* No Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, fala-se de "intenção de prejudicar credores", acrescentando-se "provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com ele contratar". "Fraude ai, está por "intenção", *consilium;* e, referindo-se ao terceiro, por *scientia fraudis,* o que se há de lamentar, em boa terminologia. *Consilium* é resolução, propósito;

fraus é apenas infração. Há, portanto, três regras jurídicas distintas, duas nos arts. 106 e 107 do Código Civil e uma no art. 53 do Decreto-Lei nº 7.661, sendo que, nessa, e não nas outras, se exige o *consilium fraudis.* O legislador civil satisfez-se, quanto aos atos jurídicos a titulo gratuito, com a alegação e prova do estado de insolvência e do *eventus damni,* e, quanto aos atos jurídicos a titulo oneroso, com esses pressupostos e a *scientia fraudis.* Por isso mesmo, é sempre perigosa, a respeito dos arts. 106 e 107, a consulta à legislação e à doutrina estrangeira. A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 13

de dezembro de 1949 *(AJ* 93/436), frisou que "não se faz mister ocorrência, da parte do transmitente, de má-

fé, caracterizada pelo conhecimento da própria insolvência": "basta, na hipótese do art. 106, seja insolvente o outorgante ou se torne insolvente pela realização do ato liberal". Os pressupostos únicos (art. 106) são: a existência de credor anterior ao ato fraudulento; a insolvência já ocorrida ou determinada pelo ato fraudulento (cf. Corte de Apelação de São Paulo, 14 de fevereiro de 1936, *RT* 102/685; 4ª Câmara, 22 de julho de 1936, 104/249 e 106/238); e o *eventus damni,* sem o qual faltaria o interesse do autor, — posto que possa existir o *eventus damni* a outros credores e não ao que propõe a ação (Tribunal de Justiça de São Paulo, 10 de fevereiro de 1928, *RT* 65/321), salvo se já se instaurou o concurso de credores e se invoca o art. 768 do Código de Processo Civil, ou já se instaurou a falência e o credor funda o pedido de revogação no art. 55 ou no art. 99 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Se o ato jurídico a título gratuito éregido pelo Código Civil, ou outra lei de direito civil, ou pelo direito comercial comum, a ação anulatória pode ser proposta sem se alegar *consilium fraudis,* ainda que tenha de ser alcançado pela falência; *aliter,* se se invoca a lei falencial.

Alguns acórdãos foram vitimas de comentadores que confundiram o *consilium fraudis,* que é o conhecimento, pelo devedor, da insolvência existente ou suscitada, e a *scientia fraudis,* que é o conhecimento pelo beneficiado pelo ato fraudulento *(e.g.,* Câmara do Tribunal de Apelação da Paraíba, 2 de setembro de 1943, *RF* 59/256).

3. *Pressuposto da gratuidade.* Para que incida o art. 106, épreciso que o

ato jurídico tenha sido a título gratuito.

Se o não foi, só se pode tratar de anulação com fundamento no art. 107. Tratando-se de ação de anulação proposta com fundamento no art. 768 do Código de Processo Civil, tem-se de atender à diferença entre o tratamento que se dá aos atos jurídicos a titulo gratuito e o tratamento exigido quanto aos atos jurídicos a título oneroso. Não assim quando a ação proposta se funda no art. 53 ou no art. 99 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, porquanto o direito falencial brasileiro não distingue, respeito àrevocatória, os atos jurídicos a título gratuito e os atos jurídicos a titulo oneroso.

São atos jurídicos a título gratuito: as doações, inclusive modais; as obrigações sem causa; as atribuições gratuitas de direitos reais e de retenção; o que não é correspectivo nas doações remuneratórias, nas transações e nos reconhecimentos de dividas; a doação dissimulada, desde que se haja removido, pela ação anulatória de simulação, a sobreestrutura aparente (ação cumulável com a de anulação por fraude contra credores e com a revogatória, sem se precisar de pensar em sub-rogatória, pois o art. 105 tutela o terceiro); o aval de favor e a firma de favor; o pagamento de prêmio de seguro a favor de terceiro (não o direito ao seguro, inclusive á continuação dos pagamentos pelo terceiro); a transformação do seguro a favor próprio em seguro a favor de terceiro; as promessas de doação, a deixa testamentária.

Não são atos jurídicos a titulo gratuito: o negócio jurídico de adimplemento de dívidas já prescritas; a renúncia à exceção de prescrição; a garantia por divida alheia, se houve elemento correspectivo para a dação; as prestações de alimentos, devidos por lei (por contrato, entrariam na classe dos pagamentos de dívidas vencidas e exigíveis).

4. *Gratuidade de excesso.* Se o ato jurídico só é gratuito em parte, isto é, se o preço foi tão alto que o pagamento acima do valor gratuito, ou se a coisa vendida foi a preço vil, de modo que houve doação de parte do valor dela, discute-se se pode a sentença anulatória somente apanhar o excesso, ou défice, a que corresponde a gratuidade. Tratando-se de ação declaratória de ineficácia relativa (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1943, art. 52), não há dificuldades teóricas e práticas: quanto à massa, os efeitos não se produziram (eficácia ex *tunc* da sentença) quanto ao que constituiu dano aos credores. A revocatória tem a sua explicação própria (§ 496). Mas, no tocante à ação de anulação, a cisão do ato juridico, se o excesso ou o défice não

coincide ser em parte separável, no sentido do art. 153, 1ª parte, iria contra a unitariedade do ato juridico. A discussão na doutrina estrangeira não nos traz elementos de convicção, ou porque eles têm a revocatória no direito comum e no falencial, ou porque lhes falta precisão quanto aos conceitos de nulidade, anulabilidade e ineficácia total ou parcial. A sentença anulatória apanha todo o ato jurídico, *salvo se há parte separável a que o excesso ou défice corresponda.* A figura absurda da nulidade subjetivamente relativa, a que se apegam escritores franceses e italianos, é de repelir-se, radicalmente; às vezes apenas provém de má tradução de livros alemães.

5. *Restituição.* O terceiro dador da garantia real é responsável sem dever, em sentido estrito, — presta o bem, ou o valor do bem, em garantia, de modo que só *deve* no plano do direito das coisas, o que, no sentido exato, 551

lato, é dever. O fiador, esse, deve, em sentido estrito; dele não se pode falar como se fosse responsável sem ser devedor. Porém não se leve muito longe a distinção entre *Schuld* e *Haftung,* para se bordarem considerações, mais literárias e retóricas do que jurídicas, a respeito do penhor, da caução de títulos, da hipoteca, ou da anticrese, e se extremarem responsabilidade e divida. Procurou-se ver na responsabilidade do outorgado por ato jurídico fraudulento responsabilidade sem débito. Certo, seria erro dizer-se que o terceiro que outorgou a hipoteca, ou deu a coisa em penhor, o fez criando débito de fidejussão *(e.g., G.* Gorla, *Le Garante reali,* 95 sã; mas sê-lo-ia também eliminar-se a relação jurídica criada pela dação da garantia, de que se irradiam deveres, direitos, ações e exceção, se bem que não se irradiem dever de direito de obrigações quanto a prestar (já se prestou) e obrigação de dar (já se deu). A eliminação de qualquer dever foi tese de A. Menzel *(Das Anfechtungsrecht der Gídubiger,* 26 s.), que se vê ressuscitada, com cores processualísticas, *e.g.,* por E

Carnelutti *(Diritto e processo,* 299 sã, e G. G. Auletta *(Revocatoria,* 99 s.). Sujeitar os bens à execução é assumir dever de direito das coisas. Se o ato jurídico fraudulento ainda não foi anulado, não há pensar-se em tal dever, quer da parte do devedor, quer da parte do que dele receber algum proveito. A restituição é dever que resulta da sentença condenatória, sem se poder pensar em responsabilidade anterior à eficácia sentencial, quer no tocante à ação do art. 106 ou do art. 107, quer no tocante à ação revocatória falencial, quer no tocante à ação de anulação, em disputa concursal. A sentença que desconstitui (força da sentença) e condena a restituir (eficácia imediata) executa-se segundo

os arts. 621 s. do Código de Processo Civil.

§ 495. Os arts. 107 e 108 do Código Civil e seu conteúdo

1. *Pressuposto da* scientia fraudis. O pressuposto da *scientia fraudis* somente concerne à fraude contra credores de que se trata no art. 107. Já dissemos que o ato jurídico fraudulento, que nao caiba no art. 106, pode *caber* no art. 107, isto é, se houve *scientia fraudis,* é anulável.

O Código Civil considera ciente qualquer figurante de negócio jurídico oneroso, se notória a insolvência.

Todos, devido ànotoriedade da insolvência, se têm como cientes. Poder-se-ia argumentar que o credor pode ter concluído o contrato entre ausentes, sem que pudesse conhecer o estado de insolvência do devedor. A notoriedade somente se estabeleceria no lugar, ou, no máximo, em circulo menor do que aquele em que se achasse o outro figurante. Não é essa, porém, a concepção da lei. A notoriedade é do fato. Nada tem com os limites espaciais. Se alguém alega algum fato, que é notório, alega fato objetivamente notório, embora a notoriedade só se produza nos espiritos. Quem trata com pessoa que está noutro lugar, ou noutro país, por mais distante que seja, trata com pessoa objetivamente marcada por fatos pessoais ou circunstanciais, de modo que não lhe pode ignorar a notoriedade da insolvência.

A 2ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 18 de dezembro de 1936 *(RT* 106/668), entendeu que o protesto do titulo cambiário ou cambiariforme noutra comarca que não é a da sentença do imó vel, nem a do domicilio das partes, não pode ser, por si só, caracterizador da notoriedade da insolvência. Primeiro, é de repelir-se que a notoriedade se prenda ao domicílio do fraudador; há de ser a notoriedade irradiada do lugar em que se passou o ato jurídico fraudulento, pois, ainda que se ache ausente o adquirente, basta a *scientia fraudis* pelo representante, ou ter estado em contacto com o alienante, por telefone, carta ou telegrama.

Segundo, o imóvel pode ser alienado fora do lugar em que é situado, — o pagamento do imposto de transmissão e o registro é que hão de ser no lugar da situação (sem razão, também, o julgado da 2ª Câmara

do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 15 de outubro de 1937, *RT* 112/222).

A 5ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 28 de julho de 1938 *(RT* 114/72 1), sem razão, converTeil a presunção *iuris tantum* do art. 111 em dispensa do pressuposto da *scientia fraudis* (art. 107). O

art. 111 é apenas regra jurídica de prova. A garantia dada a ato jurídico a título gratuito, sim; ficaria dependente da anulação do ato jurídico a título gratuito, para cuja anulação por fraude contra credores não se exige o pressuposto da *scientia fraudis.*

2. *Estado e entidades paraestata is.* O art. 107 não sofre exceção a favor da Fazenda Pública, nem, portanto, e *a* fortiori, a favor das entidades autárquicas e paraestatais. A Fazenda Pública tem legitimação ativa como qualquer pessoa, e não cabem aí regras jurídicas especiais de ordem processual. Contra ela também pode ir a 551

ação de fraude contra credores, se fraudadora ou se terceiro (cp. Marciano, na L. 18, § 10, D., *de iure fisci,* 49, 14). Não temos a restituição ao fisco *iure extraordinario,* a *protopraxia,* instituto pós-clássico.

3. *Depósito de preço pelo adquirente.* Diz o art. 108: "Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-a, depositando-o em juízo, com citação edital de todos os interessados." Supõe-se a fraude contra credores, — daí falar-se em devedor insolvente; supõe-se, mais, a *scientia fraudis;* e reconhece-se ao adquirente, ou sub-adquirente, que poderia ser réu na ação, ou que já o é, legitimação de direito material para depositar em juízo o preço, que ainda não pagou, a fim de ter a destinação a que se refere o art. 113, ou outra que o juiz der, como for de direito. A situação é bem mais complexa (ou múltipla) do que a prevista pelo anterior Código Civil português, art. 1.041, onde se disse que "o adquirente demandado pode também fazer cessar a ação, satisfazendo a importância da dívida". Segundo o art. 108, o adquirente pode depositar o preço: *a)* se sabia que o devedor, ao alienar, estava insolvente, citando-se, por edital, todos os interessados e sobrevindo a decisão do juiz que julgue o depósito, desconstituindo, ou não, o ato jurídico, pois tal depósito não épreparatório de ato, nem cautelar, mas provocatório de ação constitutiva negativa, *actio*

provocatoria que o art. 108 dá ao adquirente; *b)* se depois veio a saber que o devedor, ao alienar, estava insolvente, de modo que o depósito pode ser pedido, e julgado antes, a decisão tem força de coisa julgada quanto à *scientia fraudis,* e não quanto à anulabilidade; *c)* se foi proposta a ação de anulação, e o adquirente nega a *scientia fraudis* ao tempo do ato jurídico, — espécie em que o depósito somente se julga após a ação, em apenso. Sempre que não se desconstitui o ato jurídico, o preço depositado volta ao adquirente, devendo o juiz, julgando improcedente a ação de depósito, permitir-lhe que levante o preço depositado. O art. 108 fala de desobrigar-se o adquirente, se o preço "for, aproximadamente, o corrente". Se o preço for menor do que o corrente, o adquirente pode depositar a coisa, não o preço. Se for maior, a petição do depósito nega que tenha havido *eventus damni.* Tal depósito, julgado antes, teria eficácia para a ação de anulação já proposta. Se a ação ainda não foi proposta, a espécie assemelha-se à espécie *b.* Sempre que algum credor não comparece, ou comparece e não articula a fraude contra credores, não se pode julgar o depósito no sentido de se desobrigar o adquirente, porque seria atribuir-se ao adquirente, sciens, legitimação para a ação de anulação, o que seria de repelir-se: o mais que se lhe permitiu foi o depósito. Se algum dos credores articula, a eficácia da sentença aproveita a todos (art. 113), salvo renúncia. Se nenhum comparece, o ato jurídico torna-se válido, se só era anulável por fraude contra credores, por se entender que todos renunciaram. Tal ato jurídico, se a sentença foi contra a desconstituição, pela não-comparência dos interessados, não é atingível pelo art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, nem pode ser falencialmente revogado (Decreto-Lei nº 7.661, ads. 53, 57 e 99).

Tudo que acima se disse tem cabimento quanto à coisa alienada ao devedor fraudador, por analogia com o art. 108; bem assim quanto ao que recebeu o beneficiado pelo ato juridico gratuito, se insolvente o beneficiante. Apenas, quanto a essa espécie, é indiferente ter havido, ou não, ciência da fraude.

§ 496. Pagamentos antecipados

1. *Conceito.* Diz-se antecipado o pagamento, ou a dação em soluto, ou a compensação, se feito antes de exigível a dívida. Estatui-se no art. 110: „O credor quirografário, que receber do devedor insolvente o

pagamento da divida ainda não vencida, ficará obrigado a repor em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu." Se já exigível a divida, o credor, que receber, nada tem de repor em proveito do acervo; nada se antecipou, pagou-se o que, não pago, poderia ser exigido, e talvez já o tenha sido, *ainda que já existisse a insolvência.* Dai a importância da abertura do concurso de credores ou da falência.

2. *Conteúdo do art. 110 do Código Civil. (a)* A regra jurídica só se refere a dividas não vencidas. Se a dívida já se vencera e a paga o devedor, o art. 110 não incide. Nem pode ser imposta a devolução do pagamento nem anulado o ato jurídico da quitação, por invocação do art. 107, se ainda não se abriu o concurso de credores, ou a falência, porque nenhum dever tem o devedor, *antes disso,* de tratar igualmente os seus credores; não há, ainda, o dever decorrente da *par condicio creditorum.* Não importa se a divida vencida já estava prescrita (A.

551

Maierini, *Delia Revoca degli atti fraudolenti, 4ª* ed., 225; C. Brezzo, *La Revoca degli otti fraudolenti,* 511 **5.;** sem razão, Cendrier, *L'Qbligation naturelie,* 70 s.). No direito falencial (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 52, 1 e 11), somente se consideram relativamente ineficazes o pagamento de dívida não vencida realizado no termo legal da falência e a solução de dívidas vencidas por outro meio que o previsto no contrato.

Quanto à ação revocatória, os pagamentos de dívidas, ao tempo da insolvência (se bem que antes da abertura da falência), são revogáveis se concorrem os pressupostos do art. 53 *(consilium fraudis, scientia fraudis,* estado de insolvência). Cumpre, portanto, atender-se à diferença entre o direito falencial e o civil (art. 110, *ex argumento),* ou comercial comum. Se a própria divida civil ou comercial já fora em fraude de credores e, vencida, o devedor a paga, a anulação do ato jurídico, de que ela proveio, faz restituível o pagamento. Porém não é o art. 110 que se há de invocar. Pagamento é ato-fato jurídico.

(b) O art. 110 só se refere ao pagamento feito pelo devedor. O pagamento pelo terceiro, sem ser com diminuição do patrimônio do devedor, salvo a pretensão surginte do pagamento feito pelo terceiro, *sponte sua,* escapa ao art. 110: a pretensão, que resulte de tal

pagamento, tem a data do dia em que foi feito, de modo que pode incluir-se entre os créditos como se vencesse no dia em que venceria o crédito pago. A *par condicio creditorum* tem de ser respeitada pelo devedor e pelos credores; não, pelo terceiro. Não importa se o pagamento foi solicitado, extrajuridicamente, pelo devedor; *aliter,* se, pagando a dívida não vencida, o terceiro retém coisa, que deva ir ao acervo concursal, ou se por outro modo se desobriga de alguma prestação ao devedor. Se o pagamento é pelo devedor, mas de divida de outrem, não há pensar-se em incidência do art. 110, e sim em incidência do art. 106, ou do art. 107.

Não importa qual a fonte da obrigação. Importa saber-se se, à data do pagamento, já havia o estado de insolvência.

3. *A sanção do art. 110 do Código Civil.* A regra jurídica é de ineficácia relativa: o pagamento feito reverte à massa concursal, porque o art. 110 cria ao credor pago o *dever de repor* (dever de restituir). Seria de discutir-se se a lei somente criou tal dever, ou se criou o dever, por ter considerado ineficaz o pagamento. No direito falencial, o art. 52,1, do Decreto-Lei nº 7.661 é claro, no sentido da ineficácia relativa *(verbis* "efeito relativamente à massa"). No direito civil, o art. 110 concebeu a sanção como de ineficácia relativa, tal como pareceu melhor ao Projeto de Coelho Rodrigues, art. 344, à diferença do anterior Código Civil português, art.

1.039, que fez apenas "rescindível" tal pagamento, e do *Esbôço* de Teixeira de Freitas, art. 540, 3ª, que o fez

"revogável". Têm-se, assim, dever e obrigação do credor perante os outros credores, devido à *par condicio creditorum.* Nascem dever e obrigação desde que exsurja o estado de insolvência (art. 110, *verbis* "acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores"). A solução técnica é a melhor; ineficaz, relativamente, o pagamento, — o crédito continua de existir e o credor, que recebeu, tem de repor aos credores em concurso.

Quanto às expressões usadas pelo anterior Código Civil português, art. 1.039 ("rescindível"), e pelo *Esbôço,* art. 540, 3º ("revogável"), foram infelizes: pagamento não é *sensu;* é ato-fato jurídico. se revoga, nem se anula.

tiram os efeitos, no todo negócio jurídico, nem ato juridico *stricto* Ato-fato jurídico não se rescinde, nem Expele-se do mundo jurídico, ou se

lhe ou em parte.

§ 22, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8, dizia que "restitutionem fieri oportere in pristinum statum... ut perínde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset". Portanto, o *commodum medii tem poris;* por exemplo, dinheiro pago e juros desde o pagamento até o dia do retorno.

§ 497. A ação de anulação por fraude e a revocatéria falencial

1. *Caráter da ação de anulação.* A ação de anulação por fraude contra credores ataca ato jurídico em que não figurou o autor, ato jurídico *inter alios.* O Código Civil, como o direito comercial comum, à diferença do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 53-58 e 99, concernente a concurso de credores em falência, concebeu o ataque pela ação anulatória, não pela impugnação ou revogação direta, nem pela ação de impugnação ou pela ação revocatória. Ela e a ação revocatória do direito falencial são *pessoais.*

2. *Objeto da ação de anulação.* O que se pede na ação de anulação é a desconstituição do ato jurídico 551

fraudulento. Se apenas se assumira dever, ou se outorgara poder, sem se prestar algo, a sentença satisfaz o autor, de si mesma. Se fora prestado algo, há de haver a condenação à restituição ou ao ressarcimento (art.

158), que é cumulável e se sói cumular, implicitamente. Se basta o oficio ao registro de imóveis, a sentença tem carga mandamental suficiente. Se a posse está com o terceiro, que foi figurante, ou com outrem, contra quem se pode executar a sentença, a sentença contém elemento condenatório à restituição, porém não a eficácia — menos ainda a força — de reivindicação. A situação é inteiramente distinta da que se observa quanto aos atos de disposição em caso de fraude à execução ou às medidas cautelares (confusão a evitar-se em 5. Satta, *La Rivendita forzata,* 55). O art. 106 fala especialmente da remissão de divida. Já a L. 10, 3. *Eficácia da ação anulatória.* A ação de anulação tem eficácia *erga omnes,* no que se diferença da ação de declaração de ineficácia relativa, que se proponha para se apontar a incidência do

Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei falencial), art. 52, ou a incidência ao art. 110 do Código Civil. Por isso mesmo, a respeito dos ads.

106 e 107 do Código Civil, do art. 768 do Código de Processo Civil e dos ads. 53 e 99 do Decreto-Lei nº

7.661, não se pode pensar em ineficácia relativa, como se sustenta em direito francês e italiano (Radouant, em Planiol-Ripert, *Traité,* VII, 268; A. Maierini, *La Revoca degli atti fraudolen ti,* 408 **5.;** C. Brezzo, *La Revoca degli atti fraudolen ti,* 239 **5.;** contra, M. AlIara, *Dei/e Obbligazioni,* 270 s., 290 s.). O art. 158 é explícito e não abre exceção para a ação de anulação por fraude contra credores; nem temos regra jurídica como a do ad, 2.901 do Código Civil italiano, que, na alinea 1ª, fala de ação revocatória para "che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli attí di disposizione deI patrimonio". As regras jurídicas dos ads. 106 e 107 são de sanção no plano de validade, e não no da eficácia, no que se parecem com as dos ads. 53 e 99 do Decreto-Lei nº 7.661

e art. 768 do Código de Processo Civil, mas se distinguem, claramente, das regras jurídicas do art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661 e do art; 110 do Código Civil. O direito brasileiro obteve precisões dignas de encômio.

Aliás, convém não se confundir a força constitutiva negativa da sentença com a eficácia de condenação à restituição, que só aproveita aos credores que vão ser admitidos a concurso ou à falência (art. 113). Quando se baralham conceitos de invalidade e de ineficácia cometem-se erros sem conta e tem-se de explicar como ficção o só ser válido para uns, o que se choca com toda lógica *(e.g.,* Baicoianu, *L'Action Paulienne,* 71, e Bastian, *Essai d'une théorie générale de 1'Inopposabilité,* 185 s. 297 s.). Tem-se escrito que, se a anulação sobrevém, o bem alienado é considerado como não saído do patrimônio do devedor, posto que, nas relações entre alienante e adquirente, se haja de ter como definitivamente alienado; de jeito que o adquirente pode exigir, sem que o devedor possa dispor. Tal não é a concepção do direito brasileiro. O ato jurídico é anulado em todo o ato de disposição. O adquirente, a que se retira o bem, tem pretensão a reaver o que prestou, pois faltaria causa à permanência da prestação em poder do devedor, que injustamente se enriqueceria. A sentença de anulação contêm o elemento eficacial da condenação a restituir determinada coisa, ou dinheiro, ou coisa em gênero. Se foi bilateral o contrato, o terceiro deve restituir, mas pode ir contra o devedor, ou contra a massa, para haver o que prestou. Se houve assunção de obrigações, ou pagamento, a sentença é, respectivamente, exaustiva, porque somente

fica a pretensão à restituição do documento da dívida, ou de eficácia condenatória, para que se restitua o que foi pago, fraudulenta-mente. Quanto o art. 158 diz que, anulado o ato, se restituirão os figurantes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, se hão de indenizar com o equivalente, afastou inúteis e superficiais discussões em torno de se saber qual a causa para a restituição ao terceiro *(e.g.,* enriquecimento injustificado *lato sensu,* M. AlIara, *DelIe Obbligazioni,* 292 **5.;** nulidade subjetivamente relativa, A. Cicu, *L'Obbligazione nel patrimonio deI debitore,* 126, e A. Butera, *Dell'Azione pauliana o revocatoria,* 554 s., conceito a repelir-se, energicamente; ineficácia relativa L. Cosattini, *La Revoca degli atti fraudolen ti,* 237 s., conceito que, aí, seria impróprio, porque somente serve à sanção de regras jurídicas como as do art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661 e do art. 110 do Código Civil). O outro figurante, atingido pela sentença de anulação por fraude contra credores, invoca o art. 158, como o invoca o autor que vence. Mais uma vez se revela quão acertado foi o art. 158.

A ação de anulação e a de revogação têm a mesma carga de eficácia:

Declarativa Constitutiva Condenatória Mandamental Executiva

* ***** **** ** ***

A diferença entre elas é apenas no modo por que se opera a desconstituição, — por alegação do vício como anulante ou por alegação do vício para alteração ao suporte fático. No que se revogou, a eficácia desconstitutiva é a maior, se bem que só se refira aos efeitos relativamente à massa; no que se anula, também, pois que é o ato jurídico que se desconstitui, e não só a eficácia relativamente à massa.

Somente é coisa julgada, para obstar à ação anulatória do art. 106 ou do art. 107, a sentença, trânsita em 551

julgado, que haja negado a anulação por fraude contra credores, com fundamento na mesma regra jurídica. A sentença que negou a existência de nulidade, ou de anulabilidade por dolo, coação, erro, ou simulação, não tem eficácia para pré-excluir a ação de anulação por fraude contra credores (absurdo o acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Apelação da Paraíba, a 27 de março de 1944, *RF* 61/243).

4. *A anulatória e a revocatária.* A ação de anulação (arts. 106 e 107; Código de Processo Civil, art. 768) e a ação revocatória falencial (Decreto-Lei nº 7.661, arts. 53 e 99) são os meios únicos para se obter, por fraude contra credores, a desconstituição do ato jurídico, ou o défice ao suporte fático do ato jurídico pela retirada da *vox* do devedor. Ainda nas espécies dos arts. 53 e 99, quando é pressuposto a *scientia fraudis,* não se revoga toda a manifestação de vontade do outro figurante; o ato jurídico não se esbarronda pela deficiência do suporte fático, uma vez que, devido à insolvência e ao *eventus damni,* só se permitiu na lei a revogação relativamente à massa. Qualquer acordo, fora da ação de anulação, ou de revogação, para se destruir o ato jurídico, ainda se anulável por fraude contra credores, não-seria anulação, nem revogaçao. Seria resolução, ou distrato, ou outra categoria negocial, que tal eficácia tivesse.

5. *Autor.* A ação de anulação compete ao credor; se já aberto o concurso de credores, não muda a legitimação, se não porque o credor posterior, admitido, se torna legitimado. A ação de revogação falencial compete ao síndico; se esse não na propõe no prazo do art. 55 do Decreto-Lei nº 7.661, a qualquer credor; a do art. 99, ao síndico ou a qualquer credor. Tais alargamentos são conseqüência da *par condicio creditorum,* junta à aparição da figura do síndico. No art. 768 do Código de Processo Civil, diz-se que a disputa entre credores pode ser por fraude sem se empregar a expressão "qualquer credor" que aparece nos ads. 55 e 99 do Decreto-Lei nº 7.661. Mas há-se de entender que a *par condicio creditorum* impõe a mesma solução que se adotou em direito falencial.

6. Réus. Réu, na ação de anulação e na ação falencial de revogação, é, precipuamente, o devedor. Depois, o que recebeu algo do devedor. Não-seria de admitir-se a propositura somente contra o que recebeu do devedor o elemento patrimonial (divida assumida, coisa alienada, pagamento, dação em soluto). Não se trata de ação de enriquecimento injustificado, por parte do terceiro; nem de ação contra esse, por ato ilícito. A citação do adquirente ou beneficiado é imprescindível, porque também ele é réu, ou por ter recebido o beneficio gratuito (art. 106), ou ter recebido a promessa ou a prestação, por parte do que já estava insolvente, ou, com o ato fraudulento, se tornou insolvente, ciente disso ou da anterior insolvência (art. 107). Quanto à revocatória falencial, deixar-se de citar o falido seria infração do art.

55, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 7.661 *(verbis*

"todos os que figuraram no ato"). O sindico é legitimado ativo; não pode ser, na espécie, legitimado passivo, tanto mais quanto há, aí, colisão de interesses entre o síndico e o falido. Falido é parte, demandado, *iussu iudicis;* há de ser citado. Se o não foi, deve o juiz indeferir, de inicio, a petição, por inepta (Código de Processo Civil, art. 295); pelo menos, ordenar que se integre o juizo, — por equidade, pois o art. 47 do Código de Processo Civil só se refere a litisconsorte necessário. (A opinião que dispensa a citação do devedor é contrária à letra da lei; e ainda que lei não houvesse, contra os princípios. Com razão, E. Redenti, *II Giudizio civile con pluralitá di parti,* 114 s.**;** A. Cicu, *L'Obbligazione nel patrimonio dei debitore,* 47; A. Segni, *L'Intervento adesivo,* 156; V. Andrioli, *LAzione revocatoria,* 142 s.**;** sem razão, A. Maierini, *La Revoca degli atti fraudolen ti,* 354; C. Brezzo, *La Revoca degli atti fraudolenti,* 192; Esmein, em Planiol-Ripert, *Traité,* VII, II, 262.) Além do *fraudator* e do adquirente ou beneficiado há réus eventuais, como os sub-adquirentes ou sub-beneficiados. Se o terceiro (aí a expressão é mais adequada) adquiriu, ou se sub-beneficiou, antes de se haver registrado a citação para a ação de anulação por fraude contra credores (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, 1, 21): "No Registro de Imóveis, além da matricula, serão feitos: 1 — o registro 21), das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis"), tem de ser citado, se a eficácia de sentença o pode atingir. Depois da inscrição, não é preciso citálo: a eficácia da sentença apanha-o. Sempre que se não citou o sub-adquirente ou o sub-beneficiado que teria de ser citado, para poder ser contra ele a eficácia da sentença, somente em outra ação se poderia ir contra ele. Contra aquele que é atingido pela eficácia da publicidade registrária, não se precisa de citação, nem de propositura de nova ação (cf. N. Covielio, *Trascrizione,* II, 659). Os autores podem registrar a citação enquanto se processa a ação, para que seja ineficaz qualquer sub-aquisição ou sub-beneficio posterior; depois do trânsito em julgado, pode ser averbada a sentença. Se há desistência da ação, ou transação (Código de Processo Civil, ads. 267, VIII e 269, III), ou por outro meio se pôs termo à demanda, sem se julgar o mérito (art. 267), inclusive por perempção (art. 268, parágrafo único), e foi atingida a citação, pode qualquer interessado requerer o cancelamento do registro.

Tratando-se de bem móvel, os autores, diante do risco da alienação a terceiro, podem pedir o sequestro 551

(Código de Processo Civil, arts. 822-825). A ação é para anular ato fraudulento; estando a coisa em poder do réu, adquirente ou já sub-adquirente, nada obsta a que se defira (superada, assim, a velha

opinião de Gianzana, *II Sequestro giudiziario e conservativo,* 3ª ed., 30; cf. A.Coniglio, *II Sequestro giudizia rio e conserva tivo,* 264). As consequências são as mesmas, praticamente, do registro da citação nas ações de anulação, tratando-se de imóvel. As alienações posteriores são ineficazes para os autores e, pois, para a massa.

7. *Processualística.* A ação propõe-se no foro do domicilio do devedor, e não no foro do domicílio do adquirente ou beneficiado (sem razão, A. Maierini, *La Revoca degli atti fraudolen ti,* 69; A. Butera, *Dell'Azione pau liana e revocatoria,* 357 s.); salvo se se trata de ação do art. 768 do Código de Processo Civil ou de ação do art. 53 ou do art. 99 do Decreto-Lei nº 7.661 e o concurso de credores civil ou o concurso de credores falencial foi aberto noutro foro. O valor da ação é o do ato fraudulento, no que tenha de ser desconstituído ou revogado; e não o do crédito do autor ou dos autores (sem razão, F. Carnelutti Stima deI valore della lite della revoca, *Rivista di Diritto processuale civile,* 12, *II,* 82 **5.;** sobre a falta de fundamento da argumentação, L. Cosattini, *La Revoca degli atti fraudolen ti,* 201), ou o do valor menor entre o do crédito atacado e o do crédito atacante (sem razão, C. Brezzo, *La Revoca degli atti fraudolenti,* 196; A. Butera, *Dell'Azione pauliana e revocatoria* 365 **5.;** G. Chiovenda, *Istituzioni,* 1,163 s.).

A ação de anulação e a revocatória falencial podem ser propostas em reconvenção, se o rito processual o permite no direito anterior, (Código de Processo Civil de 1939, art. 192, VI). Nas ações executivas de título judicial (art. 584,1 a V) e extrajudicial (art. 585, [-VII), a fraude contra o credor pode ser alegada, como defesa, com citação do devedor fraudador; desde que caiba o exame do negócio jurídico subjacente. Também pode ocorrer quando o credor com garantia real argúi a fraude contra o outro credor com garantia real. Sempre há de ser o credor do devedor em concurso, ou em falência, ou síndico, que vá contra o credor executante. Na execução contra o devedor, não é possível oporem-se — no direito brasileiro — embargos de terceiro com alegação de fraude contra credores, embora se possa alegar, como defesa (legitimação passiva) a ineficácia relativa dos atos anteriores mencionados pela lei como ineficazes relativamente à massa (Decreto-Lei nº 7.661, art. 52), ou apresentar como defesa a revocatória (arts. 53, 55 e 57) sobrevindo a abertura de falência. O credor que vai ao juízo, onde se estão a executar bens do devedor, ou há simplesmente demanda condenatória contra o devedor, alegando fraude contra credores, ingressa como parte devido à insolvência, ou à falência (atendido o prazo do art. 55 do Decreto-Lei nº 7.661); não é terceiro.

Bem assim, o síndico. Diz o art. 57 do Decreto-Lei nº 7.661: "A ineficácia do ato pode, também, ser oposta como defesa em ação ou execução, perdendo a massa o direito de propor a ação de que trata o artigo anterior." O termo "ineficácia" está, aí, por anulabilidade.

Quanto à ação declaratória negativa da eficácia, relativa aos atos mencionados no art. 52 do Decreto-Lei nº

7.661, não se precisava de regra jurídica sobre a alegação como defesa, — a massa concursal ou falencial não éterceiro. Quanto às ações constitutivas do art. 768 do Código de Processo Civil ou do art. 53 do Decreto-Lei nº 7.661, sim: tinha-se de pôr em termos claros que o credor ou o síndico pode ingressar na relação jurídica processual, como parte, e alegar a fraude, porque, sem isso, regeriam os princípios gerais que obstam aos titulares de ações de anulação ou revogação a entrada na relação jurídica processual alheia. O art. 57 do Decreto-Lei nº 7.661 é de máxima importância. Na ação de execução de sentença, o credor ou o síndico opõe embargos do devedor, por força desse art. 57. A massa não atua como terceiro, confusão lamentável de J.

X. Carvalho de Mendonça *(Tratado,* VII, 555); nela representam-se os credores, como parte. A ação do credor exequente, que se dirigiu contra o devedor, esgalha-se: vai contra o credor e contra a massa, que veio a juízo, citada ou não. Quanto aos atos mencionados no art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661, não há necessidade de se pensar em inserção da massa como réu: então, está ela de fora, como *executado,* que alega a ineficácia relativa. Idem, quando se trate de espécie do art. 110 do Código Civil.

8. *Onus da prova.* O autor tem de provar a anterioridade do crédito, o ato de disposição, o estado de insolvência já existente ou ora existente, pelo fato do ato fraudulento, com o *eventus damni* e — tratando-se de ato a título oneroso — a *scientia fraudis,* por parte do adquirente ou beneficiado; eventualmente, dos sub-adquirentes ou sub-beneficiados. Todavia, há, a favor do autor, a presunção do art. 111. Quanto às datas, o registro do documento, se houve, estabelece a prova. A prova de insolvência e do *eventus damni* é feita por todos os meios, inclusive indícios. Tem-se de provar que a penhora na execução forçada *foi,* ou *seria* negativa, ou insuficiente. Se o estado de insolvência já foi objeto de decisão como questão prévia, na abertura do concurso ou da falência, há coisa julgada, ou, se ainda não se tinha coisa julgada, há *eficácia* para se dispensar a prova.

§ 498. Ação declarativa falencial da ineficácia relativa

1. *Conteúdo do art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.* Todos os atos jurídicos enumerados no art. 52 são, *ex lege,* ineficazes quanto à massa. Não na atingem. O direito civil e comercial comum não têm a ação declarativa de ineficácia relativa para esses atos juridicos do devedor, exceto quanto às espécies do art.

110 do Código Civil. O credor, em tal situação, é terceiro, cujo bem foi apanhado pela constrição cautelar ou executiva, Os prazos dos arts. 55 e 56, § 1, não se referem à ação declarativa, que exsurge em virtude do art.

52. Na falência, pode ser arguida a ineficácia relativa até o encerramento da falência, se não houve por algum outro fundamento preclusão ou coisa julgada.

2. *Eficácia da sentença.* A ineficácia é relativa à massa; de modo que só o síndico e os credores admitidos à falência podem invocá-la.

Não se afasta, com a coisa julgada da sentença favorável, a propositura da ação de anulação, nem, quanto ao que possa ser eficaz contra a massa, a ação revocatória. Se inserto em embargos de terceiros o pedido de declaração, dá-se o mesmo. Por onde se vê que o art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661 nada tem com o art. 53.

3. *Ação declarativa e ação de anulação ou de revoga çâo.* As ações de anulação por fraude contra credores e a de revogação podem ser propostas, ainda se já o foi a declarativa falencial de ineficácia; a sentença proferida nessas não obsta àquelas. A sentença que se profira na ação de anulação, ou na de revogação, faz cessar a declarativa de ineficácia, porque aquelas são constitutivas negativas.

§ 499. A ação revocatória falencial

1. *Natureza da ação.* A revogação falencial é só interior ao concurso falencial. Se se tratasse de anulação do ato jurídico, não poderia haver ineficácia relativa; teria de perder toda a eficácia o ato jurídico, *ao deixar de ser.* Em vez disso, a revogabilidade pode retirar toda a voz, ou somente cortá-la: ao suporte fático retira-se a vontade, pois que causa danos ao credor o ato jurídico, e tal alteração da *vox,* permitida pela regra jurídica especial, tem a consequência de tornar relativamente ineficaz o ato juridico. Não se faz ato jurídico diferente; persiste o mesmo ato jurídico, *alterado.* O que se passou no mundo fático, pela intromissão da *vox* do credor prejudicado, ou pela *vox* do síndico, alterando o que o devedor *quis,* em vez de fazer ruir todo o ato jurídico, apenas o torna ineficaz relativamente à massa. Aqui, à diferença do que ocorre com os atos jurídicos atingidos pela sanção automática, ipso *iure,* da ineficácia relativa, que se estabelece no art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661, não há sanção, — há somente o resultado normal no plano da eficácia, do que se passou no mundo fático. A categoria jurídica patenteia-se inconfundivel com a anulação do direito geral, razão por que a uma se chama revogação e se fala, a respeito dela, de ineficácia relativa, ao passo que a outra se chama anulação e se diz que, por efeito da sentença, cai no nada o negócio jurídico. De modo que, se há pressupostos comuns às duas ações, os há também diferentes, e foi acertado que se mantivesse a diferença de normas. Não se precisou, no direito falencial, ir ao extremo de se tornar anulável o ato jurídico. Não é necessário anulá-lo; basta que se dê ao síndico ou credor revogar, no que há dano à massa. O ato jurídico continua; pode ser que se dê, por outro fundamento, a anulação. Mas revogação não éanulação; é mais profunda, porque é na composição do suporte fático, se bem que possa só ser alteração da voz do devedor (vontade do devedor fraudador *menos* vontade do credor fraudado ou do síndico de que a eficácia do ato não alcance a massa).

Quanto à natureza da ação revocatória falencíal, pensava E. Jáger que se tratasse de ação condenatória, ao passo que James Goldschmidt *(Zivilprozessrecht,* § 90, nº 2) a considerava extensão da ação executiva, em virtude de obrigação publicística de permitir a execução forçada (caso de responsabilidade por dívida alheia, segundo A. Menzel). Mas tais explicações não satisfizeram. A atribuição de caráter só processual à ação revocatória falencial *(e.g.,* James Goldschmidt, *Der Prozess ais Rechtslage,* 468) descura do que há de regras de direito material nas leis concursais e falenciais.

2. *Pressupostos da revocatária falencial.* O direito falencial não distingue, quanto aos pressupostos da ação de revogação, os atos jurídicos a título gratuito e os atos jurídicos a titulo oneroso. Distingue-os no tocante à ineficácia relativa *ex lege* (Decreto-Lei nº 7.661, art. 52, IV e V), salvo quando, respectivamente, a atos jurídicos a título gratuito, o objeto é de valor inferior a mil cruzeiros, e quanto à renúncia à herança ou a legado desde dois anos antes da decretação da falência. A ação anulatória, assim em direito civil como em direito comercial, dispensa o pressuposto da *scientia fraudis,* salvo quanto ao terceiro adquirente ou beneficiado por ato entre-vivos.

Os arts. 106 e 107 afastaram toda a discussão em torno do *consilium fraudis,* conceito que ficou acantonado no direito falencial (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 53). Havendo *eventus damni,* há contrariedade a direito, infração de dever, fraude. Se o ato jurídico foi a título oneroso, exige-se, a mais, a *scientia fraudis.* Continua-se de abstrair do *consilium fraudis,* No direito falencial, não: o *consilium fraudis* é pressuposto necessário; há de haver culpa em senso lato, ao lado da antijuridicidade. O art. 53 do Decreto-Lei nº 7.661 fala de "intenção de prejudicar credores, provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com ele contratar". O que, com tão atrapalhada redação, se estatul é que são elementos o *consilium fraudis,* aí identificado com a intenção de fraudar, e a *scientia fraudis,* broncamente expressa por "fraude" do terceiro. Pergunta-se: ~,o conhecimento do prejuízo aos credores, pelo devedor, basta para se compor o primeiro pressuposto? O que importa é definir-se o conteúdo mínimo. Não é preciso que o ato do devedor pareça a ele mesmo imoral (A. Grouber, *De l'Action paulienne,* 110); nem que haja o *animus nocendi* (C.

Brezzo, *La Revoca degli atti fraudolenti,* 112 **5.;** Aubry e Rau, *Cours,* IV, 226; L. iosserand, *Les Mobiles dans les actes juridiques,* 238 **5.;** G. Riped, *La Règle mora le,* 313 s.); iem culpa ou dolo, no sentido de pressuposto do ato ilícito relativo, ou absoluto, como seria razoável entender-se por todos os que vêem no fundamento da ação infração contratual, ou delito *(e.g.,* culpa lata, Galluppi, *Teoria de lia Opposizione dei terzo,* 275). Basta que o devedor tenha conhecimento de que o ato jurídico causa o dano, ou que vai causá-lo, com o nascimento dos direitos; pretensões, ações ou exceções do adquirente ou beneficiado.

3.

Fundamento da ação. O instituto da anulação, como o instituto de revocatória, assenta na necessidade, politicamente revelada, de se dar sanção contra os atos fraudulentos dos devedores. Eventualmente, dos sub-adquirentes ou sub-beneficiados. Esses somente são atingidos pela ação de anulação, ou pela ação de revogação, *se de má-fé.* Está no art. 109: "A ação, nos casos dos arts. 106 e 107, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé." Portanto, se é dispensável a *scientia fraudis* do adquirente ou beneficiado a título gratuito (art. 106), não na é quanto ao terceiro. No art. 54, § *3ª,* do Decreto-Lei nº 7.661, diz-se: "Fica salva aos terceiros de boa-fé a ação de perdas e danos, a todo o tempo, contra o falido." Ora, no art. 53, exigido foi o pressuposto da *scientia fraudis.* Há-se de entender que tal indenização somente cabe se houve prejuízo ao terceiro, a despeito da boa-fé, *e.g.,* em caso de ineficácia relativa baseada no art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661. Aberto o concurso do espólio, ou a falência do falecido (falência sem falido), os sucessores não herdam o de que já não poderia dispor Se o falecimento é do adquirente ou sub-adquirente, legitimado passivo da ação de anulação, ou de revogação, os herdeiros e mais sucessores recebem a menos o dever de sujeitar-se à ação de anulação ou de revogação. Aí não há pensar-se em boa ou má-fé, porque se trata de sucessores a causa de morte.

4. *Sentença anterior sobre o ato jurídico.* A ação de anulação por fraude contra credores e a de revogação falencial são ações constitutivas negativas, — aquela dirigida ao ato jurídico, e essa, a suporte fático, para alterar a vontade *(vox, revogatio),* que o devedor manifestou. Não importa ter havido, antes, sentença declaratória, ou condenatória, trânsita em julgado, ou propositura de ação executiva ainda não extinta a relação jurídica processual. O credor, titular da ação de anulação, ou o síndico ou credor, titular da ação revocatória, pode propor a ação, pois não há *res iudicata* quanto à alegação de fraude contra credor Se, porém, durante a execução, estava aberto o concurso, ou a falência, e o credor concursal ou o síndico ou o credor falencial não opôs embargos do devedor, com a alegação de fraude, tal como lhes permite o art. 57 do Decreto-Lei nº 7.661, tendo tido ciência da execução, a execução consuma-se, extinguindo-se a ação de anulação ou a revocatória.

Igualmente, quanto às ações declaratórias de ineficácia relativa, de que se trata no art. 52 do Decreto-Lei nº

7.661 e no art. 110 do Código Civil.

Diz o art. 58 do Decreto-Lei nº 7.661: "A revogação do ato pode ser decretada, embora para celebração 551

dele houvesse precedido sentença executória, ou fosse consequência de transação ou de medida assecuratória para garantia da divida ou seu pagamento. Revogado o ato, ficará rescindida a sentença que o motivou." As ações do adquirente ou beneficiado contra o fraudador e as próprias sentenças contra ele não são óbice a que o síndico ou o credor proponha a ação revocatória. Ainda se o ato jurídico a ser revogado foi posterior. O art. 58, a parte, estabelece que, "re

2

vogado o ato, ficará rescindida a sentença que o motivou". Em verdade, não se da"

"rescisão" da sentença, porque a matéria da revocatória não fora julgada. *A fortiori,* não obstam à ação revocatória a transação e as medidas cautelares. O art. 58 fala de sentença executória, após a qual o devedor pratique o ato. Nada se disse sobre o pagamento ou outro meio de solução, ultimada a execução, sem ter tido ciência da ação executiva o credor. Também essa intercalação de decisões judiciais, em que não houve cognição da revocatória, nem pretensão, não são óbice à sua propositura.

5. *Hipoteca judiciária.* A hipoteca judiciária é efeito *anexo* da sentença (Código de Processo Civil, art. 466), não efeito da sentença como fato (sem razão, E. Enriques, *La Sentenza come fatto giuridico,* 121). O elemento mandamental da sentença de condenação é bastante, pelo art. 466 do Código de Processo Civil, para o registro (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, 1, *2,* 2ª parte). Há dever do juiz. Não obsta à ação constitutiva negativa por fraude contra credores (anulatória, Código Civil, arts. 106 e 107, e Código de Processo Civil, art. 768; ou revocatória falencíal, Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, ads. 53, 99 e 57), nem à incidência do art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661.

6. *Exceção e réplica revocatórias.* A defesa, a que se refere o art. 57 do Decreto-Lei nº 7.661, são as integrações da contestação pelo credor ou os seus embargos como executado. Há litisconsórcio. O credor, que pode invocar o art. 52, não contesta, nem embarga de executado: embarga de terceiro; bem assim o credor que ainda não tem por si a abertura do concurso ou da falência. Sempre que o credor pode, fora da ação de anulação, ou de revogação, alegar a fraude contra credores ou integra contestação, ou embarga de terceiro (não de executado), — coisa diferente de exercer a *exceptio pauliana.* Pode dar-se que a tenha de alegar contra o excipiente, e então usa de *réplica.*

7. *Anulação, revogação; ação e exceção.* No direito brasileiro, não há a regra jurídica geral sobre restar exceção de toda ação prescrita, nem, sequer, quanto às anulabilidades. De modo que se levanta a questão de se saber se, em caso de simulação, ou de fraude contra credores, prescrita a ação, resta ao terceiro, órgão ou representante do poder público, que não propôs a ação do art. 105, ou o terceiro, ou síndico que não propôs a ação do art. 106, ou a do art. 107, ou a do Código de Processo Civil, art. 768, ou a do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 53 ou art. 99, a exceção de simulação ou de fraude contra credores. As ações derivadas do Decreto-Lei nº 7.661, art. 52, ou do art. 110 do Código Civil, essas são imprescritiveis, por serem declaratórias. No direito anterior, a ação de anulação por simulação deixava exceção (Álvaro Valasco, *Decisionum Consultationum,* II, 370 s.). O autor não é, *ex hypothesi,* figurante. Pode não ter tido qualquer noticia do ato simulado. O art. 178, § *9,* V, *b,* 3ª parte, fala de se contar o prazo desde a data em que se realizar o ato ou o contrato. Não nos adianta criticar, de *lege ferenda,* o texto da lei, por ter encambulhado as ações por erro, ou dolo, de que são titulares figurantes do ato jurídico, portanto pessoas que necessariamente o conheceram, e as ações de simulação ou fraude contra credores, cujos titulares são terceiros, que podem ignorar por muito tempo, ou sempre, o vicio da simulação ou da fraude contra credores. O legislador fixou o prazo, a contar-se do dia em que se realiza o ato jurídico, Não podemos entender que o terceiro conheceu necessariamente nesse dia a simulação, ou a fraude contra credores. Se admitimos a sua ignorância, fazemos correr contra ele prazo de prescrição, o que de modo nenhum poderia ser justificado. Ou se entende que o prazo cabe do dia em que há publicidade do ato jurídico, ou se há de admitir que, não proposta a ação dentro dos quatro anos, a que se refere o art. 178, § 9t V, *b,* 3ª e 4ª partes, resta ao terceiro a exceção. Todavia, ainda a respeito da exceção, poder-se-ia levantar a questão de se precisar, ou não, da alegação e prova de

não ter tido ciência do ato jurídico simulado ou fraudulento o terceiro. A melhor opinião é no sentido de se entender que a data do ato jurídico, quanto ao terceiro, é a do registro, e que a simulação ou fraude pode ser alegada e provada, como exceção, quando se pretenda atribuir eficácia ao ato jurídico que prejudique o terceiro, se tal atribuição seria criminosa (§§ 457, 4, e 467, 5).

551

§ 500. Extinção e prescrição da ação de anulação

1. *Direito romano.* A restituição no integro e o interdito somente se exerciam no ano útil (L. 6, § 14, e L. 10, §

18). Discute-se se o dia inicial, o dia em que começava a *experiundi potestas,* era o mesmo para os dois remédios jurídicos: jorreria *a)* do dia da *venditio bonorum* (L. 10, § 18), ou *b* da *venditio* (= conclusão do negócio jurídico fraudulento), pois é só de *venditio* que fala a L. 6, § 14, tirada de Ulpiano, ao comentar o Edicto, ou se *c,* distintamente, conforme o remédio jurídico? Como em *a,* Th. Reinhart *(Die Anfechtungsklage wegen Verkurzung der Glãubiger,* 53), A. Maierini *(De lia Revoca degli atti fraudolenti,* 3ª ed., 393) e Otto Karlowa *(Rômische Rechtsgeschichte,* 1, 49). Como em à, A. E Rudorff (Ober die rutilische Concursordnung, *Zeitschrift ftir Rechtsgeschichte,* VIII, 79 s.). O argumento a favor de *b* é o de que falta a palavra *bonorum* na L. 6, § 14, mas é de notar-se que a inserção feriria a gramática, confundindo tempos (E. Serafini, *DelIa Revoca degli atti fraudolenti,* 1, 211 s.) e seria inconcebível que ação tocante ao curador, cujo oficio cessava com a *venditio,* dessa começasse (E. Huschke, Publius Rutilius Rufus, *Zeitschrift fOr Civilrecht und Prozess,* 14, 64

5.; fraco o contraargumento de B. Windscheid, *Lehrbuch,* II, 9ª ed., 1.011, nota 21, de que também os credores eram legitimados, e de nenhum valor o de A. Brinz, *Lehrbuch,* 1, 1ª ed., § 123, 533, e outros de que o curador podia (intentá-la após a *venditio bonorum).* Perguntase, contra *b:* Lpor que Ulpiano só se referiu à *venditio?*

Mais: tcomo contar-se da venda, se somente com a *missio* in *Lona* nascia a ação? A escapatória de Th.

Reinhart (54) de poder o credor marcar o *die a quo,* por se tratar de *actio arbitraria,* é de repelir-se, uma vez que a arbitrariedade da ação não ia até a esse ponto (E. Serafini, 1, 208).

A ação justinianéia era para o ano útil (cf. L. 1, *pr.,* L. 6, § 14, e L. 10, *pr.* e § 18). O prazo de quatro anos, que se entendeu ter sucedido ao de um (L. 7, C., *de temporibus in integrum restitution* is, 1, 52), não concernia à ação pauliana, —só se referia às *restitutiones in integrum* que persistiam fora da restituição em caso de fraude, *que desaparecera.* Nem o direito luso-brasileiro admitiu que tal afirmativa falsa de 3. C. lKoch *(Dissertatio de praescriptione restitutionis in integrum,* § 3) e outros entrasse no sistema jurídico: sempre se pensou na L. 1, *pr.,* **e** na L. 10, *pr.* e § 18.

2. *Direito brasileiro. (a)* Extinto cada um dos créditos, extinta está a ação de anulação que tinha o titular do crédito ora extinto. A ação de anulação pode-se renunciar. A declaração de que se sabe que o devedor insolvente vai contrair dívida, ou alienar bem, e de que se assente em que o faça, impede que a ação nasça, pois fraude não há, quanto ao credor assentinte. *Nemo fraudare videtur eos qui sciunt et consentiunt.* De renúncia, expressa ou tácita, à ação só se pode falar depois que a ação nasce.

(b) O art. 178, § 9, V, *b,* 4ª parte, adotou o prazo de quatro anos, por simetria com as prescrições das outras ações de anulação por defeito de vontade, não por sugestão histórica da L. 7, C.. *de temporibus in integrum restitutionis,* 2, 52, que as Ordenações Afonsinas (Livro III, Titulo 126, § 5), Manuelinas (Livro III, Título 86, § 7) e Filipinas (Livro III, Título 41, § 6) receberam.

A ação por enriquecimento injustificado, extinta a ação pauliana, só em vinte anos prescreveria, salvo quanto ao terceiro de boa-fé (L. 10, *pr.; 3.* 3. E. Zurcher, *Die* Actio Pauliana, 42; sem razão, Th. Reinhart, *Die Anfechtungsklaqe wegen Verkúrzung der Glàubiger,* 27; V. Otto, *Die Anfechtung von Rechtshandungen,* 173; P. Grútzmann, *Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Nonkursglàubiger,* 97). Não cabe hoje.

§ 501. O art. 107 e o enriquecimento injustificado

1. *Direito romano.* Se o terceiro ignorava a insolvência do outro figurante, não pode ser anulado por fraude contra credores o negócio jurídico oneroso (arg. ao art. 117). A notoriedade, a que o art. 117 se refere, é ciência geral, portanto o terceiro é tido como *sciens.* Discutia-se, no direito comum, se, a despeito de não caber a ação pauliana, era de propor-se, satisfeitos os pressupostos, a de enriquecimento injustificado. Trazia-se à balha a L. 6, § 10, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8. Trata-se de texto interpolado, pois que Labeão, a que se atribui, não poderia ter dito o que lá está escrito: ao seu tempo, o impúbere de modo nenhum se obrigaria (sem se distinguir se oneroso ou gratuito o negócio jurídico). Ao tempo de Ulpiano, éduvidoso que se hajam mudado os princípios; mas o direito justinianeu admitia a ação contra o impúbere, na medida do enriquecimento. Daí ser sem base a discussão quanto a caber a ação se gratuito o titulo (Th. Reinhart, *Die Anfechtungsklage wegen Verkúrzung der Glaubiger,* 108), ou se, também, 551

quando onero**SO** (A. Maierini, *Delia Revoca degli atti fraudolenti,* 3ª ed., 181), ou só em se tratando de doação (E. Meischeider, *Die preussische Gesetzgebung Ober das Anfechtungsrecht der Glaubiger,* 62; V.

Otto, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen,* 123 sI O impúbere, se respondia em caso de ação pauliana, respondia como quem adquirisse a título gratuito, — pelo enriquecimento injustificado, o que não dava ensejo a se invocar a L. 6, § 10, para dela se tirar regra jurídica geral (cp. 5. Solazzi, *La Revoca degli atti fraudolenti,* 1, 3ª ed., 168 s.).

2. *Direito brasileiro.* O enriquecimento injustificado supõe que não haja a dívida. Ora, se houve a fraude contra credores e ocorre a anulação, incide o art. 158; se não houve, nem por outra causa é nulo ou anulável o ato jurídico, ou se prescreve a ação dos ads. 106 e 107, o ato jurídico é imune a ataque, e não seria de pensar-se, tampouco, em ação de enriquecimento injustificado (arts. 964 e 965). Se houve crime, e não só fraude anulativa, perdura a exceção e a ação pelo ato ilícito absoluto só prescreve em vinte anos (§ 500, 2).

adveniente die, medida cautelar, só se conta do et purificata conditione"). Então, preparatória a o prazo do art.

806 do Código de Processo Civil advento da condição ou termo.

§ 502. Ações cautelares

1. *Para prevenir atos do adquirente ou beneficiado.* Se o ato fraudulento pode ter maior extensão de efeitos se o adquirente ou beneficiado transfere ou constitui direitos sobre o que adquiriu, ou com que se beneficiou, é possível ao autor ou autores pedirem a medida cautelar do sequestro. Tratando-se de bem imóvel, o registro, no registro de imóveis, da citação feita para a ação de anulação por fraude contra credores, basta a estabelecer a ineficácia relativa de quaisquer atos que firam os direitos do autor ou dos autores.

2. *Se há medida cautelar antes do ato fraudulento.* Se o devedor vai praticar o ato fraudulento, ou se há risco de que o pratique, discute-se se pode o credor propor medida cautelar. No direito brasileiro, a resposta é negativa. Ou o estado de solvência já existe e o credor pode provocar o concurso de credores, ou a falência; ou não existe, e o ato, que se teme, é que estabeleceria a insolvência, espécie em que o credor pode *protestar* (Código de Processo Civil, arts. 867-873), com a notificação ao terceiro, ou, por edital, aos que possam vir a serem beneficiados pelo ato fraudulento, ou, se satisfeitos os requisitos dos ads. 813-821, pedir arresto dos bens, o que não se liga ao temor da fraude, mas a fato subsumível no *periculum in mora* (sob o direito anterior, cf. *Comentários ao Código de Processo Civil,* IV, 46 s.). Se o crédito é sob condição, ou a termo, o arresto é de pedir-se se, não concedido, ficaria sem proteção a pretensão (Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria,* 1, 243: "Pro credito autem in diem, vel conditionali mandatum suspicionis fugae relaxari potest, si superveniat deterioratio debitoris, ad hoc, ut caveat de solvendo, adveniente die, et purificata conditone"). Então, preparatória a medida cautelar, o prazo do art. 806 do Código de Processo Civil só se conta do advento da condição ou termo.

§ 503. Eficácia das sentenças na ação de anulação (Código Civil, arts. 113, 106 e 107)

1. *Natureza das sentenças dos arts. 106 e 113 e dos arts. 107 e 113.* Ambas as ações e ambas as sentenças são constitutivas negativas,

ações de anulação, ainda que se trate da espécie do art. 113, parágrafo único. O art.

158 incide. Não se trata de ação real. A eficácia imediata à constitutividade negativa é a condenatória; não se lhe pode cumular a de reivindicação *(aliter,* a ação de decretação de nulidade, com fundamento no art. 145).

Pede-se que restitua, com os frutos até a entrega, "e assim restituida", escrevia Gregorio Marfins Caminha *(Forma dos Libelos,* 20), "mande nela fazer execução pela dívida e sentença dele autor, de modo que seja pago". A cumulação é da ação contra o terceiro (constitutiva negativa) com a ação contra o fraudador; depois vem a ação *iudicati,* oriunda da sentença na ação contra o fraudador, ou contra ele e o terceiro: a sentença na ação de anulação por fraude não *contém* o mandado executivo, porque não cabe cumulação. Se houve ou se não houve a cumulação, tem de haver execução de sentença *(actio iudicati* da ação de anulação por fraude), É

preciso não se confundir a eficácia da sentença na ação de anulação por fraude contra credores *(constitutiva* 551

negativa) e a eficácia da decisão *declarativa* de ineficácia da alienação em fraude de execução (Código de Processo Civil, art. 593), para a qual basta a citação do terceiro, a fim de se prosseguir na execução (Antônio de Sousa de Macedo, *Decisiones,* 189:"... de iure nostri Regni per Ordinationes supra allegatas, si novus possessor, quando possessionem adeptus est, scivit, vel scire debuit litem agi, privabitur sine ulla mora, aut citatione; si autem nec scivit, nec scire debuit, citabitur, et de iure suo audietur summarie, cognita veritate absque alio processu"; Manuel Gonçalves da Silva, *Commentaria,* III, 297), se da execução não tinha, por outro modo, ciência, nem devia ter. Se se crê com direito, tem de vir com os embargos de terceiro.

Os atos jurídicos podem ser parcialmente atingidos pela decretação da anulação por fraude contra credores, se há separabilidade, no sentido do art. 153, 1ª parte.

2. *Destino do valor restituído,* O art. 113 diz: "Anulados os atos fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores." Tentou-se tirar da L. 10, §§ 6-8, D., *quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur,* 42, 8, que a sentença somente aproveitaria aos credores

prejudicados, àqueles a quem o *eventus damni* atingiu *(e.g.,* Laspeyres, Uber Anfechtung von Zahlungen mit der *acUo pauliana, Archiv fOr die civilistische Praxis,* 21, 43; E. Meischeider, *Die preussische Gesetzgebung Ober das Anfechtungsrecht der Glãubiger,* 89; Th. Reinhart, *Die Anfechtungsklage wegen Verkàrzung der Gídubiger,* 132 **5.;** H. Hasenbalg, *Zur Lebre von der* Actio Pauliana, 47 s.). O dano pode somente ter sido a um e em verdade somente poderia ter sido aos credores anteriores. Ulpiano não disse que só aproveitaria aos prejudicados, nem, sequer, só aos anteriores. Lembre-nos que o *curador bonorum* agia no interesse da massa, e o próprio credor legitimado agia com o fim de proteger a massa, razão por que não se

"revogava" somente até onde fosse o prejuízo a ele, mas *todo* o suporte fático caia (cf. L. 10, § 22) e o réu não se liberava solvendo a dívida ao autor (L. 10, § 8). Se só um fora prejudicado e esse recebe a dívida, claro é que o *euentus damni* desaparece; se, porém, há prejuízo a outros e um dos credores vai a juízo, o réu, que lhe pague a divida, não consegue, com isso, eliminar a ação. Ulpiano diz, firmemente, que não. O que é certo é que, para nascer a ação de anulação, é preciso ter havido diminuição do patrimônio, tal, que prejudique credores *anteriores;* masa eficácia sentencial aproveita a todos, anteriores ou não, que se admitem ao concurso de credores.

3, *Frutos.* No direito romano clássico, a restituição dos frutos era integral, tratando-se da *restitutio in integrum* (L. 10, §§ 20 e 21, que somente a ela se referiam; dai a contradição dos textos da L. 10, §§ 20 e 21, e 25, § 4).

Tratando-se do *interdictum fraudatorium,* regia o princípio da L. 3, D., *de vi et de vi armata,* 43, 16: "ln interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro", com a alteração da L. 25, §§ 4 e 6, 42, 8, isto é, restituem-se os frutos percebidos e os maduros ao tempo da alienação. No direito justinianeu, não importava se o terceiro tinha a coisa em seu poder, no momento da *contestatio litis;* se não podia restituir, prestava o *id quod interest,* estabelecido previamente, com o juramento do autor (L. 5, § 1, D., si *quid in fraudem patroni factum sit,* 38, 5, sobre a *actio Fabiana).*

No direito justinianeu, restituia o *conscius fraudis* os frutos; também, as despesas posteriores ao juízo, salvo o *ius toilendi* que tivesse o possuidor de má-fé (P. Grútzmann, *Das Anfechtungsrecht der benachteileigten Konkursglãubiger,* 91). O réu não-ciente da fraude restituia aquilo com que se houvesse enriquecido (L. 6, § 1, e L. 10, § 5), ao tempo da propositura da ação (sem razão, O. Schónemann, *Die*

Paulianische Ríage, 38, que pensou em restituir o com que se enriqueceu ao tempo do ato jurídico fraudulento).

No direito brasileiro, a restituição dos frutos é nos termos do art. 158, sem qualquer invocação dos arts.

501-513; o réu tem o *ius tollendi* se o teria o possuidor de má-fé.

4. Danos ao réu. Na anulatória, o credor réu pode sofrer danos, devido ao ato do fraudador Se estava de má-fé, o direito brasileiro não lhe reconhece qualquer ação contra o devedor; mas há o art. 158. Sem lei, não se poderia criar a favor do credor de má-fé direito de regresso (sem razão, A. Grouber, *De l'Actione paulienne,* 428; A. Butera, *Dell'Azione pau liana,* 659; Radouant, em Planiol-Ripert-Esmein, *Traité,* VII, *II,* 268, ainda ao lado da garantia por evicção); nem seria admissível pensar-se em ação de evicção, considerada terceiro a massa (A. Maierini, *DelIa Revoca degli atti fraudolenti,* 416 **5.;** A. Cicu, *L'Obbligazione nel patrimonio deI debitore,* 79); nem a ação de evicção ou a de enriquecimento injustificado (Radouant, VII, *II,* 268**),** dois absurdos; nem há eficácia executiva imediata da sentença de anulação. A má-fé do adquirente não exclui a ação de restituição, com base no art. 158.

§ 504. Eficácia da sentença na ação revocatória falencial

1. *Força constitutiva negativa.* A força da sentença constitutiva negativa, na ação de revogação, é só no plano da eficácia; não atinge o ser do ato jurídico. Daí dizer-se que é só entre as partes, devedor e adquirente, réus, e credor autor O bem volta, não ao devedor propriamente, mas à massa falencial; fica ao credor réu o crédito contra o devedor réu. Se houve apenas assunção de dívida, nada precisa voltar, porque tudo se passa em abstrato: o devedor continua a dever, mas o crédito do credor réu não pode figurar entre aqueles que vão ser satisfeitos com os bens da massa. Dá-se o mesmo em relação a sub-adquirentes e sub-beneficiados atingidos pela sentença, por terem

sido réus ou por terem adquirido ou recebido benefício após a publicidade registrária da citação, ou da sentença, ou após alguma medida cautelar.

A revogação dos atos do falido apenas torna ineficaz os atos; não os anula: os atos são válidos e válidos permanecem, salvo posterior anulação segundo os princípios das anulabilidades. Na anulação, atinge-se o ato jurídico mesmo. Na revogação falencial, o que se tem por fito é pôr-se à disposição do síndico o de que se dispôs. Basta, portanto, por ela atacar-se a eficácia.

Embargos de terceiro não têm os credores concursais ou falenciais, com alegação de fraude contra credores. Antes do concurso, sim; ou se não foram admitidos, sem coisa julgada que negue a existência dos seus créditos, ou os desconstitua. Isso não implica não poderem alegar ineficácia relativa, ainda se concursais ou falenciais *(e.g.,* Decreto-Lei nº 7.661, art. 52). O credor que invoca o art. 52 do Decreto-Lei nº 7.661

(ineficácia relativa) éterceiro e como tal pode embargar.

(A propósito da ação de anulação, disciplinada no Código Civil, e ação revocatória, de que trata a lei falencial, cumpre advertir-se em que alguns escritores caem em graves confusões. Outros, de lei falencial à mão, criticam a lei civil, outros, agarrados ao mirante civilístico, parecem impermeáveis aos conceitos da lei especial. Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências,* 1, 371 s., escreveu que os efeitos da anulação do ato por fraude não abrangem senão as próprias partes e os terceiros que hajam procedido de má-

fé, subsistindo, assim, o ato e, portanto, os direitos que os terceiros de boa-fé tenham adquirido com fundamento nele. E acrescentou: vê-se, pois, que a ação revocatória — a do Código Civil — não é uma ação de anulação. Para isso, citou o art. 109 do Código Civil, que absolutamente não no diz. No art. 109 apenas se formulou regra jurídica sobre legitimação passiva, na ação de fraude contra credores. A ação dos arts. 106-113

do Código Civil é ação de anulação: a sentença tem eficácia constitutiva negativa no tocante à existência do ato jurídico; era anulável o ato jurídico, foi anulado e passa a não existir. Muito diferente é o que se dá quanto à ação revocatória, que retira algo ao suporte fático do ato jurídico, para que o efeito ou os efeitos não sejam ofensivos à esfera jurídica dos legitimados ativos e mais pessoas

beneficiadas pela lei especial. Confundir-se ação de anulação com ação revocatória é pretender-se interpretar o Código Civil com a lei falencial, *lex specialis,* e — o que é mais grave —recorrer-se à teoria definitivamente repelida pela ciência, qual a das anulabilidades relativas, conforme vimos nos §§ 363 e 373, 1.)

2. *Eficácia executiva mediata.* A sentença, na ação revocatória, tem eficácia mediata que basta para se iniciar a execução. Gera, portanto, *actio iudicati,* tal como a ação anulatória. *De iure condendo,* poder-se-ia pensar em eficácia executiva imediata; mas, evidentemente, não há isso na lei, nem quanto à ação anulatória, nem quanto à revocatória. A carga de eficácia executiva é ***, e não ****

O síndico ou o credor vencedor na ação revocatória não leva à massa outro crédito contra o devedor (sem razão, A. Cicu, *L'Obbligazione nel patrimonio deI debitore,* 56 e L. Cosattini, *La Revoca degli atti fraudolen ti,* 250). Apenas se apagam os efeitos contra a massa, permitindo-se a execução falencial. Para isso, não se precisa recorrer à figura — inexistente, nos sistemas jurídicos — da anulação relativa. Se o ato jurídico só em parte foi gratuito, a unitariedade do ato jurídico não é óbice à ineficácia relativa, e não cabe, a propósito da ação revocatória, levantar-se a questão da anulabilidade parcial em sentido quantitativo, que se põe — e pusemos — a respeito da ação anulatória.

A ação executiva, que nasce da sentença, em virtude da eficácia mediata executiva **(***),** exerce-se contra o devedor e contra o credor réu na ação constitutiva negativa e demais réus eventuais. Disse-se que a 551

ação executiva vai apenas contra o devedor. Sem razão; o bem pode ainda estar em mãos dos outros réus, talvez mesmo em mãos de sub-adquirentes posteriores à citação registrada ou à sentença. O argumento, aliás falso, de que o juízo da anulação não precisa de ação executiva (A. Cicu, Appunti in tema di revocatoria, *Rivista di Diritto commerciale, II,* 132; L. Cosattini, *La Revoca degli atti fraudolen ti,* 253), é impertinente: réus são todos; e a execução imediata teria de ir contra todos.

Trata-se de ações pessoais. O terceiro, que adquiriu a propriedade segundo constava do registro, se de má-fé estava quanto à fraude

contra credores, pode ser réu na ação e ir contra ele a ação *iudicati;* mas isso não quer dizer que se faça tábua rasa do art. 530, 1 (aquisição pelo registro do título de propriedade imobiliária): o terceiro que adquiriu ao fraudador está exposto; não quem adquiriu desse terceiro. E preciso que se raciocine com o direito das nulidades, anulabilidades e revogabilidades sem se ferirem os princípios do direito das coisas. Os sub-adquirentes estão expostos à ação pessoal; não à reivindicação (certo, porém com raciocínio inexato, Martinho Garcez, *Nulidades dos Atos Jurídi* cos, 1, 233 s., nota 206).

3. *Ressarcimento eventual do dano.* Se o réu em natura, indeniza. Não porque o fundamento da ação de revogação seja o ato ilícito absoluto (delito), ou por infração de dever contratual ou por enriquecimento injusficado, mas sim porque se cogita, tão-só, de substituir a execução em natura (cf. Código de Processo Civil, art. 627.)

4. *Coisa julgada.* A questão de poder, ou não, ser oposta a exceção de coisa julgada, se à ação de anulação precedeu a ação falencial de revogação, ou a de anulação em concurso de credores (art. 1.555), resolve-se diferentemente para essa e para aquela: *a)* se houve sentença, que julgou improcedente a ação revocatória falencial por fraude contra credores, a eficácia é só entre os credores admitidos, ou citados, e aquele contra o qual se propôs a revocatória, e tem-se de verificar se o fundamento da revogação pedida e não obtida foi o mesmo da ação de anulação (no art, 53 do Decreto-Lei nº 7.661 exige-se, a mais, o *consilium fraudis,* que não se exige à anulatória, ainda concursal), mas, se a sentença foi favorável ao autor, não se dá o mesmo, porque pode haver interesse em se pedir a anulação, que é mais do que a eficácia da revogação (ineficácia relativa); *b)* se houve sentença, que julgou improcedente a ação anulatória concursal (art. 1.555; Código de Processo Civil, art. 768), há coisa julgada, se o fundamento é o mesmo, mas, se foi julgada procedente, nada mais há a pedirse.

A anulabilidade segundo o art. 107 supõe a insolvência do devedor, a anterioridade do crédito, o *euentus damni* e a *scientia fraudis.* Prova-se a *scientia fraudis* com a notoriedade ou com os outros meios probatórios.

Se não há a notoriedade, há de ser alegado e provado o conhecimento da insolvência por parte do credor (1ª

Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 8 de janeiro de 1948, *BJ* 37/230). A revogação falencial exige, a mais, o pressuposto do *consilium fraudis,* de modo que a coisa julgada não obsta à anulação.

5. *Registro e cancelamento.* Ainda em se tratando de ação revocatória falencial, não se pode falar de pretensão real do credor, — há, apenas, ação executiva a ser proposta, ou, se acaso a posse está com o devedor, ou com a massa, o que seja de mister para a eficácia da atribuição da propriedade aos credores. Se foi pedido o cancelamento do registro, a sentença pode deferi-lo, enchendo-se de carga de eficácia roandamental, à custa da carga condenatória. Se a coisa ceda, objeto da atribuição, não mais existe no patrimônio do adquirente ou beneficiado, ou de outro réu na ação, liquidam-se o valor da coisa e as perdas e danos (Código de Processo Civil, art. 627, § 2ª); se a coisa foi alienada depois de se haver tornado litigiosa, pode dar-se a apreensão segundo o art. 626, se o exeqúente não preferir a execução com liquidação do valor da coisa e das perdas *e* danos. Não se tem de aludir ao enriquecimento, resquício, nas leis alemã (Konkursordntlng, § 38) e austríaca (§ 41), de teorias que fundavam a ação pauliana no enriquecimento injustificado. Aliás, na ação revocatória, só se executa pelo valor do *eventus damni,* se bem que, na anulaçao, se haja de observar o art. 158 quanto a todo o ato jurídico, ou no que foi atingido, se possível a separação- Na revocatória, *o* adquirente tem pretensão a que se lhe preste o que restar, satisfeita a massa, ou a que só se lhe exija o que for de mister a cobrir o valor do *eventus damni,* se tal restituxçao quantitativamente parcial for possível. E matéria para embargos do devedor.

Se o crédito do adquirente foi garantido por outrem, a revogação, operando *ex* tunc, tem por efeito a permanência da garantia, pois a dívida não foi paga. *Aliter,* se se trata de anulação (cf., porém, o art. 1488).

Dizia o art. 129 do Código Comercial que “são nulos todos os contratos comerciais: 1. que forem celebrados 551

entre pessoas inábeis para contratar; 2. que recairem sobre objetos proibidos pela lei, ou cujo uso ou fim for manifestamente ofensivo da sã moral e bons costumes; 3. que não designarem a causa certa de que deriva a obrigação; 4. que forem convencidús de fraude, dolo ou

simulação (art. 828); 5. sendo contraídos por comerciante que vier a falir, dentro de 40 (quarenta) dias anteriores a declaração da quebra (art. 827)" Tudo isso está obsoleto. Quanto à capacidade (inc. 1), rege-se pela lei civil e, no que entra no terreno comercial, sem remissão ao civil, pelo Código Comercial. Quanto ao me. 2, substituiu-o o art. 145, II, do Código Civil, pela identidade de conteúdo, se bem que em melhor forma na lei civil e porque *o* art. 1ª diz que o Código Civil regula os direitos e obrigações de ordem privada", isto é, o que é *comum* e o que é civil. Quanto ao inc. 3, a francesia irritante foi repelida pelo sistema jurídico, salvo raras exceções (cf. Sentença do Juiz de Pelotas, a 9

de março de 1875, OD, VIII, 726-731, e 15 de junho de 1875, 5(, 275; Teixeira de Freitas, *Aditamentos ao* Código do *Comércio,* 1, 531 s.**;** acertadamente, Relação de Minas Gerais, 16 de abril de 1904, *RF* III, 212, e 13 de novembro de 1907, IX, 114/119; J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado,* VI, 51 s.). Quanto ao inc. 4, ocorre o que se disse quanto ao inc. 2. Quanto ao inc. 5, a lei falencial inspira-se noutros princípios